

Hennig, Alfred

Die Anfechtbarkeit der Datio in solutum nach gemeinem und deutschem
Reichsrecht

1897

J.rom.m. 246 r

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11813316-5

J. Rom. m.

246.2

11. unig
die Aufschreibung der
Solutum.

L. rom. m.

Hennig

246^r
—

Die Anfechtbarkeit der Datio in solutum nach gemeinem und deutschem Reichsrecht.

Inaugural-Dissertation,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung

der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

Sonnabend, den 22. Mai 1897, Mittags 12 Uhr

in der Aula Leopoldina

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

gegen die Herren Opponenten:

Landgerichtsreferendar **W. Groll** und
Amtsgerichtsreferendar **R. Lehnert**

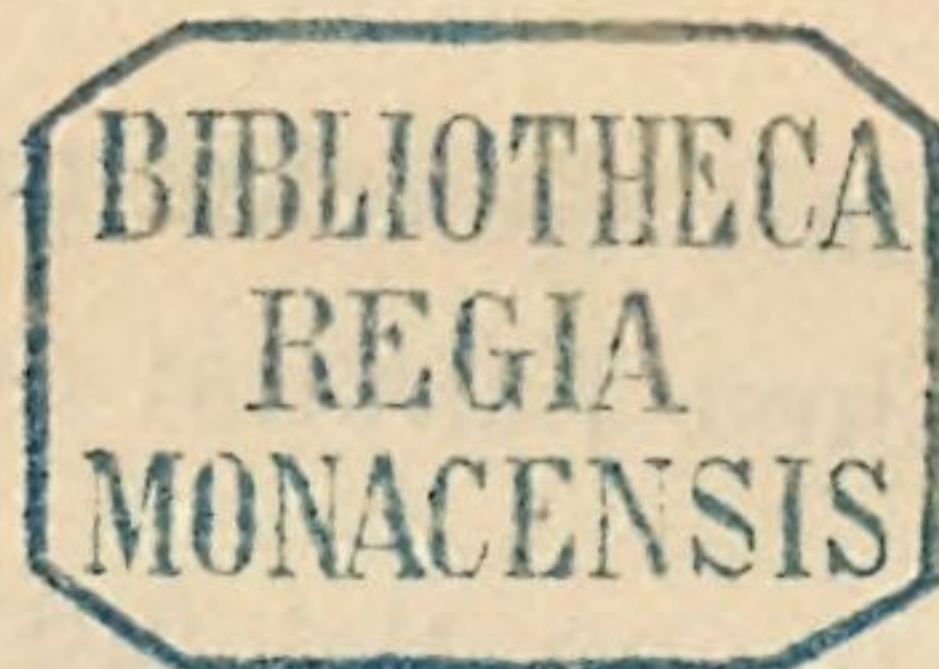
öffentlich verteidigen wird

Alfred Hennig,

Referendar am Königl. Amtsgericht in Winzig.

Breslau.

Druck von F. W. Jungfer, Harrasgasse 2.



Dem Andenken

seines teueren verstorbenen Vaters

und

seiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

1871

seiner letzten verstorbenen Vater

und

seiner lieben Mutter

in der ewigen Ruhe

Litteraturnachweis.

I. Einzelschriften:

Bayer, Theorie des Konkursprozesses nach gemein. Recht. München 1836.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb u. ausserhalb des Konkurses nach deutsch. Reichsr. Stuttgart 1884.

Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre v. Konkurse der Gläubiger. Halle 1801.

Dernburg, Preuss. Privatrecht. 4. Aufl. Halle 1889.

Fischer, Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt u. Pfandbestellung. Paderborn 1875.

Fischer, Preuss. Privatrecht. Berlin-Leipzig 1887.

Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht. 6. Aufl. Berlin 1892/93.

Göschel, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Göttingen 1843.

Gottschalk, Selecta disceptationum capita. Tom. I. 1826—30.

Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger. Leipzig 1882.

Hartmann, Gesetz betr. die Anfechtung v. Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens. 2. Aufl. Berlin 1881.

Hasenbalg, Zur Lehre v. der actio Pauliana. Berlin 1874.

v. Holtzendorff's Rechtslexikon, 3. Aufl. Leipzig 1880/81.

Holzschuher, Theorie u. Kasuistik des gemein. Civilrechts. 3. Aufl. Leipzig 1863.

Jäckel, Die Anfechtung v. Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner ausserhalb des Konkurses. 2. Aufl. Berlin 1889.

Keller, Der röm. Civilprozess u. die actionen etc. 6. Aufl. v. Wach. Leipzig 1883.

Köhler, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.

Kori, System des Konkursprozesses etc. Leipzig 1828.

Korn, Anfechtung v. Rechtshandlungen des Schuldners in u. ausser dem Konkurse. Berlin 1882.

Kranichfeld, Ges. betr. die Anfechtung v. Rechtshandlungen eines Schuldners ausserh. d. Konkursverfahrens, erläutert. Leipzig 1880.

Krische, Die Anfechtung der v. Gemeinschuldner vor der Konkurs-eröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen etc. in Wenglers Archiv f. civilrechtl. Entsch. N. F. II. 1881.

VI

- v. Mandry*, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 3. Aufl. Freiburg i. B. 1885.
- Mankiewicz*, Beiträge zur Lehre v. der actio Paulliana. Halle 1874.
- Meischeider*, Die preuss. Gesetzgebung über das Anfechtungsr. nach d. Gesichtspunkten des röm. Rechts dargestellt. Berlin 1864.
- Oeltze*, De creditore sibi vigilante. 1770.
- Otto*, Die Anfechtung v. Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachteil seiner Gläubiger vornimmt, nach gem., sächs. u. deutsch. Reichsrecht. Leipzig 1881.
- Reinhart*, Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. Winterthur 1871.
- Römer*, Leistung an Zahlungsstatt nach dem röm. u. gem. Recht mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher. Tübingen 1866.
- Schönemann*, Die Paullianische Klage wegen Veräusserung zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachteil der Gläubiger. Gera 1873.
- Schweppe*, System des Konkurses der Gläubiger. Göttingen 1812.
- Sintenis*, Das praktische gemein. Civilrecht | 3. Aufl. Leipzig 1868/69.
- Unterholzner*, Lehre des röm. Rechts v. den Schuldverhältnissen II. Leipzig 1840.
- Walch*, De iure prioritatis in fraudem aliorum impetrato.
- Weber*, Beiträge zu der Lehre v. gerichtlichen Klagen u. Einreden. Leipzig 1811/20.
- Zürcher*, Die actio Paulliana nach gemein. Recht u. d. neueren Codifikationen. Zürich 1872.

II. Zeitschriften:

Archiv für zivilistische Praxis:

XVI. *Franke*, Über die Zulässigkeit der actio Paulliana etc. S. 125, 262.

XXI. *Laspeyres*, Über Anfechtung von Zahlungen etc. S. 35.

XLIX. *Fitting*, Ist die actio Paulliana durch vorausgehende Konkursöffnung bedingt? S. 313.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil- u. Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht:

XXIX. *Eck*, S. 302.

Grünhuts Zeitschrift für Civilrecht und öffentliches Recht:

XV. *Unger*, Leistung an Zahlungsstatt. S. 540.

Krasnopolski, Anfechtung v. Rechtshandlungen etc. S. 26.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutsch. Privatrechts:

XII. *Struckmann*, Über die Anfechtbarkeit der d. i. s. mittelst der actio Paulliana. S. 277.

VII

Kritische Vierteljahrsschrift:

XV. *Czyhlarz u. Brinz*, über Reinhart. S. 83.

XXIV. *Hellmann* über Korn. S. 565.

XXVII. *Hellmann* über Grützmann. S. 91.

Lindes Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess:

N. F. XIV. *Huschke*, Publ. Rutilius Rufus etc. S. 1.

Rassow u. Küntzel, Beiträge etc.:

XXVI. *Meischeider* über Otto, S. 156; über Jäckel, S. 466.

XXVII. *Meischeider* über Grützmann, S. 751.

Seufferts Archiv.

Striethorst, Entscheidungen des Obertribunals.

Weiskes Rechtslexikon. Leipzig 1840:

II. *Günther*, Konkurs. S. 779.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte:

IX. *Huschke*, Über die Rutilische Konkursordnung und das fraudatorische Interdikt. S. 329.

XIII. *Schey*, Zur Geschichte der actio Paulliana u. des interdictum fraudatorium. S. 145.

III. Kommentare zur C. O. u. zum A. G. von:

Hullmann, 1879.

Petersen, 1878.

v. Sarwey, 1879.

Stieglitz, 1879.

Sydow, 5. Aufl. 1892.

v. Völderndorf, 1879.

Wengler, 1879.

Willenbücher, 1885.

v. Wilmowsky, 2. Aufl. 1881 u. 4. Aufl. 1889.

IV. Pandektenlehrbücher von:

Arnds, 13. Aufl. 1886.

Brinz, 2. „ 1882.

Dernburg, 4. „ 1894.

Keller, 2. „ 1867.

Puchta, 8. „ 1859.

Puchta, Vorlesungen. 6. Aufl. 1873/74.

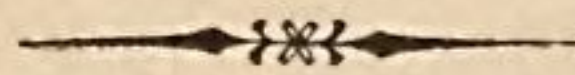
Seuffert, 2. Aufl. 1848.

v. Wangerow, 7. „ 1867.

Windscheid, 7. „ 1891.

V. Corpus-iuris-Ausgabe v. Mommsen u. Krüger.

VI. Die ausserdem vereinzelt berührten Bücher sind nach ihren Titeln in den Anmerkungen angegeben.



Abkürzungen

(ausser den gebräuchlichen).

A. G. = Anfechtungsgesetz.

C. O. = Konkursordnung.

Dernburg = Dernburg, Pandekten.

Dernburg, P. P. R. = Dernburg, Preuss. Privatrecht.

D. i. s. = Datio in solutum.

Fischer = Fischer, Anwendbarkeit der actio Paulliana.

Fischer, P. P. R. = Fischer, Preuss. Privatrecht.

Puchta, P., = Puchta, Pandekten.

Puchta, V., = Puchta, Vorlesungen.

R. G. E. = Reichsgerichtsentscheidungen in Civilsachen.

Wilmowsky, 2. = Wilmowsky. 2. Aufl.

Wilmowsky = Wilmowsky. 4. Aufl.

Alle übrigen Schriften sind mit dem Namen der Verfasser citiert; die deutschen Buchstaben bezeichnen dabei die Auflage, die römischen den Band des Buches.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

	Seite
1. Stellung der Abhandlung im System der Anfechtungslehre	2
2. Gemeines und Reichs-Anfechtungsrecht	2

I. Hauptteil:

Die Anfechtbarkeit der d. i. s. nach gemeinem Recht.

I. Teil: Allgemeines: Grundbegriffe und Begrenzung des Stoffes.

I. Die actio Pauliana: Ihre Erfordernisse im Allgemeinen	3
II. Anfechtung:	
1. Begriff	4
2. Ausschluss der Anfechtung ausserhalb des Konkurses	4
III. Datio in solutum:	
1. Wörtliche Bedeutung	5
2. Erweiterung des Wortbegriffs	6
3. Ausschluss der d. i. s. zur Erfüllung einer selbst anfechtbaren obligatio	6
4. Ausschluss der nach Konkurseröffnung erfolgten d. i. s.	7
5. Einteilung der Abhandlung	7

II. Teil: D. i. s. für eine Schuld des Kridars.

Erster Abschnitt: Die Quellen.

A. Quellenbelege und ihre Kritik.

1. Die Ansicht, d. i. s. sei Kauf	8
2. L. ultima D. (42, 4)	8
3. L. 15 C. (5, 71)	9
4. L. 1 pr. und § 2. D. (42, 8)	9
5. L. 25 § 3 eod.	10
6. L. 1. C. (7, 75)	10
7. L. 22, § 4—8 C. (6, 30)	12
8. Nov. 4 cap. 3	13

B. Resultat	16
-----------------------	----

Zweiter Abschnitt: Dogmatische Untersuchung über die Anfechtbarkeit der d. i. s.

A. Allgemeines.

	Seite
1. Kernpunkt der Untersuchung	16
2. Trennung der faktischen Fälle	17
3. Ausgangspunkt sind die Bestimmungen über die Zahlung	17

B. Abweisung der Ansichten, Zahlung sei anfechtbar.

1. Die Gratifikationstheorie (Theorie I)	18
2. Die modifizierte Gratifikationstheorie (Th. II)	18
3. Die Theorie Walchs (Th. III)	19

C. Die auf der Unanfechtbarkeit der Zahlung beruhenden Theorien.

I. Ausgangspunkt ist die Ansicht über das legislative Motiv der Unanfechtbarkeit der Zahlung	19
II. Darlegung und Kritik der einzelnen Theorien	19
1. Zahlung und d. i. s. sind unanfechtbar, weil keine deminutio patrimonii (Th. IV)	20
2. Zahlung ist unanfechtbar, weil conscientia fraudis nicht vorliegen kann, und zwar	
a) weil der Gläubiger nur ein Recht auf Zahlung hat, ist d. i. s. anfechtbar (Th. V)	22
b) weil der Gläubiger ein Recht auf Befriedigung hat, ist die d. i. s. unanfechtbar (Th. VI)	25
3. Zahlung ist unanfechtbar, weil der Gläubiger ein Zwangsrecht hat; umgekehrt ist d. i. s. anfechtbar (Th. VII)	26
4. Zahlung ist unanfechtbar, weil es materiell billig ist	27
a) weil die Unanfechtbarkeit der Zahlung die einzige positivrechtliche Ausnahme ist, ist d. i. s. anfechtbar (Th. VIII)	28
b) weil Unanfechtbarkeit jeder Art der Befriedigung materiell billig ist, ist d. i. s. unanfechtbar (Th. IX).	28
5. Zahlung ist unanfechtbar, weil Rechtspflicht (Th. X)	30
6. Das Verhältnis dieser Theorie zu den vorigen	32

D. Die Anfechtbarkeit der d. i. s.

1. Sie ist anfechtbar, weil keine Rechtspflicht	33
2. D. i. s. ist nicht suum, ist aliud pro alio, ist ein neues Rechts- geschäft	33
3. Noch einmal L. ultima D. (42, 4)	34

E. Folgerungen.

1. D. i. s. bei höherem Wert des Hingegebenen; d. i. s. für eine nicht fällige, bedingte oder natürliche Schuld	35
2. D. i. s. bei geringerem Wert des Hingegebenen.	36

**Dritter Abschnitt: Dogmatische Untersuchung der Erfordernisse
der Anfechtbarkeit der d. i. s., insbesondere: Ist d. i. s. auch ohne
conscientia fraudis anfechtbar?**

**A. Bei gleichem Wert der an Zahlungsstatt gegebenen
Sache.**

	Seite
I. D. i. s. fällt nicht unter »lukrativen Erwerb« . . .	37
1. Was ist lukrativer Erwerb?	37
a) Bereicherung?	37
b) Schenkung?	38
c) Erwerb auf lukrativem Titel!	38
2. Das legislative Motiv für das Fehlen der conscientia fraudis bei Erwerb auf lukrativem Titel	39
3. D. i. s. ist nicht Erwerb auf lukrativem Titel (Th. XI) .	40
II. D. i. s. fällt unter die gesetzlichen Erleichterungen (Pupill, gesetzlicher Vertreter, Fiskus)	40

**B. Bei höherem Wert der an Zahlungsstatt
gegebenen Sache.**

I. D. i. s. fällt unter die gesetzlichen Erleichterungen	41
II. Ist d. i. s. hier »lukrativer Erwerb«? (Th. XII) . . .	41
1. Der Erwerber kennt den Überschuss nicht	42
2. Der Erwerber kennt den Überschuss und fasst das Geschäft auf	
a) als vorteilhafte d. i. s.	42
b) als negotium mixtum	42

**C. D. i. s. für eine nicht fällige, bedingte oder
natürliche Forderung.**

1. Sie ist nicht »lukrativer Erwerb«	42
2. Sie fällt unter die gesetzlichen Erleichterungen	42

III. Teil: D. i. s. für eine Schuld des Anfechtungsgegners.

Erster Abschnitt: Anfechtbarkeit einer solchen d. i. s.

A. Das Fehlen von Quellenstellen.	43
B. Unanfechtbarkeit der Zahlung an den Kridar.	
1. L. 6 § 6 D. h. t. (Th. I)	43
2. Die Aufgabe des Forderungsrechts ist als Leistung des fällig Geschuldeten unanfechtbar (Th. II)	44
3. Zahlung ist, weil Zwangspflicht, unanfechtbar (Th. III)	44
4. Die Aufgabe des Forderungsrechts ist, weil Rechtspflicht, unan- fechtbar (Th. IV)	44
C. Anfechtbarkeit einer d. i. s. an den Kridar.	45

Zweiter Abschnitt: Erfordernisse der Anfechtbarkeit einer solchen d. i. s.

A. Ist sie »lukrativer Erwerb«?

1. Der Anfechtungsgegner kennt den Mehrbetrag der Forderung nicht
2. hält sie für eine vorteilhafte d. i. s. 46
3. sieht im Geschäft ein negotium mixtum 46

- B. Die gesetzlichen Erleichterungen ergreifen 46
diese d. i. s. 46

Rückblick: Das gewonnene Resultat . . . 47

II. Hauptteil:

Die Anfechtbarkeit der d. i. s. nach deutschem Reichsrecht.

I. Teil: Allgemeines.

1. Verhältnis des Reichsrechtes zur actio Pauliana 47
2. Verhältnis der Konkursordnung zum Anfechtungsgesetz 48
3. Begrenzung des Stoffes 49

II. Teil: § 24, 1 C. O. und § 3, 1 A. G.

Erster Abschnitt: Anfechtbarkeit einer d. i. s. für eine Schuld des Kridars.

A. Allgemeines.

1. Charakter der §§ 24, 1 C. O. und 3, 1 A. G. 49
2. Ausgangspunkt sind die Untersuchungen über die Zahlung . . . 49

B. Die verschiedenen Theorien über Zahlung und d. i. s. und ihre Kritik.

- I. Periode der Anfechtbarkeit von Zahlung und d. i. s. (Th. I) 50
- II. Periode der Unanfechtbarkeit der Zahlung und meist der d. i. s. 51
 1. Grund für das Auftauchen dieser Theorien 51
 2. Zahlung ist unanfechtbar, weil der Gläubiger ein Recht auf sie hat; d. i. s. ist anfechtbar (Th. II). 52
 3. Zahlung und d. i. s. sind unanfechtbar, weil die Benachteiligungsabsicht fehlt (Th. III). 52
 4. Zahlung und d. i. s. sind unanfechtbar, weil
 - a) für das Reichsrecht die preussische Praxis zu übernehmen ist 53
 - b) die Unanfechtbarkeit materiell billig ist (Th. IV). . . 54
 - c) die Anfechtungsgesetze die Kollision der Rechte verschiedener Gläubiger nicht regeln (Th. V) 54
 5. Zahlung und d. i. s. sind unanfechtbar, weil sich die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, auf die Gesamtheit der Gläubiger bezieht (Th. VI). 55

XIII

	Seite
6. Zahlung ist unanfechtbar, weil Rechtspflicht geblieben; d. i. s. ist anfechtbar (T. VII.)	55
III. Periode der Anfechtbarkeit der Zahlung:	58
1. Zahlung ist anfechtbar, weil	
a) §§ 24, 1 und 3, 1 als lex specialis derogant legi generali	59
b) sie keine Ausnahme zulassen (Th. VIII)	60
2. Wann liegt Rechtswidrigkeit der Zahlung vor?	60
a) Die Ansicht der I. Periode ist unhaltbar in ihren Consequenzen.	60
b) Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn die Benachteiligung Zweck ist (Th. IX)	61
c) Die Rechtswidrigkeit liegt in der Verheimlichung der Lage des Schuldners (Th. X)	62
C. Die Anfechtbarkeit der d. i. s.	
1. Sie ist anfechtbar	62
2. Wann liegt Anfechtbarkeit vor?	62
a) Nicht bei jeder d. i. s. infolge der Art ihres Rechts- geschäftes.	63
b) Bei Verheimlichung der Lage des Schuldners	63
Zweiter Abschnitt: Anfechtbarkeit einer d. i. s. für eine Schuld des Anfechtungsgegners.	
1. Sie ist anfechtbar	63
2. Grund für ihre Anfechtbarkeit	64
Folgerungen	64

III. Teil: § 24, 2 C. O. und § 3, 2 A. G.

A. Charakter derselben	64
B. Erfordernisse im Verhältnis zur d. i. s. Speziell:	
I. Sie ist ein entgeltlicher Vertrag	65
II. Benachteiligung durch den Abschluss des Vertrages.	66
1. Bedeutung	66
a) Verminderung des Vermögens?	66
b) Thatfrage vom Standpunkte der Gläubiger aus!	66
c) Verminderung des Aktivvermögens?	67
2. D. i. s. für eine Schuld des Kridars benachteiligt durch den Abschluss	67
3. D. i. s. für eine Schuld des Anfechtungsgegners fällt unter Abs. 2	38

IV. Teil: § 25 C. O. und § 3, 3. 4 A. G.

A. Unentgeltliche Verfügungen.	
1. D. i. s. ist eine unentgeltliche Verfügung	69
2. Scheinbare Entgeltlichkeit	69
3. negotium mixtum	69

B. Rückgewähr des Frauenvermögens.	
I. Rückgewähr durch d. i. s. ist anfechtbar	70
II. Der Ausschluss der Anfechtbarkeit im letzten Satz gilt für d. i. s. nicht:	70
1. weder bei gesetzlicher Verpflichtung zur Rückgewähr . . .	70
2. noch bei rechtzeitig geschlossenem Vertrag über Rückgewähr	
a) weder bei unbestimmtem Vertrag	70
b) noch bei genauer Angabe der Mittel im Vertrag . . .	71

V. Teil: § 23 C. O.

Erster Abschnitt: D. i. s. des Kridars.

A. Allgemeines über § 23 C. O.	71
B. Abs. 1 a.	
1. D. i. s. ist Rechtsgeschäft	72
2. Benachteiligt durch Eingehung	72
3. D. i. s. an andere als Konkursgläubiger ist anfechtbar . . .	72
C. Abs. 1 b. trifft nicht zu.	
D. Abs. 2.	
1. Allgemeines	73
2. D. i. s. des Kridars an Konkursgläubiger ist anfechtbar . . .	74
3. Speziell Befriedigung durch usuelles Geld etc.	74
4. D. i. s. eines Schuldners des Kridars an Konkursgläubiger ist anfechtbar	75
a) ohne Auftrag des Kridars, dem Gläubiger gegenüber . . .	75
b) mit Auftrag des Kridars dem Gläubiger gegenüber . . .	75
c) mit Auftrag des Kridars dem Schuldner gegenüber nach Abs. 1 a.	75

Zweiter Abschnitt: D. i. s. des Anfechtungsgegners.

1. Sie fällt nicht unter Abs. 1 b und 2	75
2. Sie fällt unter Abs. 1 a	75

VI. Teil: Art. 259 H. G. B.

1. Allgemeines	76
2. D. i. s. ist nach ihm anfechtbar stets nach Abs. 2	76
3. Bei Vereinbarung der Auflösung vor 1 Jahr ist sie nicht anfechtbar nach Abs. 1	76
Rückblick: Das gewonnene Resultat.	
	77

Schluss: Geschichtlicher Überblick.	77
--	-----------

Einleitung.

1. Die Lehre von der Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner ist eine Materie, die sowohl dem materiellen wie dem formellen Rechte angehört; unbedingt liegt aber auf dem materiellen Gebiet der Schwerpunkt der Anfechtungslehre.

Zwei Fragen sind es hauptsächlich, welche dieselbe auf letzterem zu beantworten hat, einmal: Welche materiellen Voraussetzungen erfordert die Anfechtung? d. i. die Frage nach der Anfechtbarkeit; zweitens: Welche Wirkungen hat die durchgeführte Anfechtung? d. i. die Frage nach dem Erfolg der Anfechtung.

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich weder mit der thatsächlichen, prozessualen Durchführung der Anfechtung, noch mit ihrem Erfolge, sondern behandelt nur die Frage: Ist *datio in solutum* anfechtbar oder nicht?

2. Die alte gemeinrechtliche Anfechtungsklage, die *actio Paulliana*, ist jetzt durch Reichsrecht ersetzt. Zwischen beiden Rechtsbildungen besteht ein unmittelbarer rechtsgeschichtlicher Zusammenhang, ja manche Fragen sind} vom Reichsrecht allein überhaupt nicht, oder doch nicht so erschöpfend beantwortet als im gemeinen Recht.¹⁾ Es ist daher zum richtigen Verständniss der reichsrechtlichen Bestimmungen die vorhergehende Beschäftigung mit dem gemeinen Recht unumgänglich notwendig.

¹⁾ v. Mandry, S. 465.

I. Hauptteil:

Die Anfechtbarkeit der *datio in solutum* nach gemeinem Recht.

I. Teil: Allgemeines.

I. Über die Zahl und Natur der vorjustinianeischen Anfechtungsklagen gehen die Ansichten weit auseinander. Soviel ist ziemlich unbestritten, dass durch Justinian die seitherigen Klagen zu einer einzigen verschmolzen wurden, der sogenannten *actio Paulliana*.¹⁾ Diese eine Anfechtungsklage wurde in Deutschland recipiert.

Die einzelnen materiellen Erfordernisse der *actio Paulliana* sind ausserordentlich bestritten. Nur in den allgemeinsten Umrissen ist wohl die herrschende Meinung über folgende Erfordernisse einig:²⁾ Die *actio Paulliana* setzt voraus:

1. zwei objektive Erfordernisse,
 - a) eine Vermögensweggabe durch den Schuldner, *deminutio patrimonii*,³⁾
 - b) die dadurch verursachte Verkürzung der Gläubiger in ihrer Befriedigung, *eventus fraudis*,
2. zwei subjektive Erfordernisse,
 - c) die Absicht des Schuldners, diese Verkürzung herbeizuführen, *consilium fraudis*,
 - d) die Kenntnis des Empfängers von dieser Absicht, *conscientia fraudis*.⁴⁾

¹⁾ Arnds, § 228, A. 1. Dernburg, II. § 144. Fischer, S. 2. Grützmann, S. 12. Windscheid, § 463, A. 1.

²⁾ Arnds, § 228. Dernburg, II. § 145. Grützmann, S. 12. Otto, S. 97. Puchta, V. u. P. § 380. Schönemann, S. 12. Windscheid, §. 463.

³⁾ s. u. S. 20.

⁴⁾ s. u. S. 22, 23.

3. Ausnahmsweise ist dies letzte Erfordernis zu d) nicht nötig, wenn der Erwerb des Empfängers ein lukrativer¹⁾ ist, sowie in einigen gesetzlich bestimmten besonderen Fällen.²⁾

II. 1. Die Anfechtbarkeit mittels der actio Paulliana ist eine eigenartige, von anderen Arten sich stark abhebende. Zwar ist schon die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit für das gemeine Recht in Bezug auf Berechtigung und Abgrenzung nicht unbestritten. Soviel ist jedoch wohl anzunehmen, dass alle anfechtbaren Rechtsgeschäfte wahre Geschäfte sind, die das beabsichtigte Rechtsverhältnis an und für sich begründen.³⁾ Es bedarf einer besonderen, je nach den vielen Arten der Anfechtbarkeit verschiedenen, Reaktion, um die Wirkung zu beseitigen.⁴⁾ Die Paullianische Anfechtung hat nun die Eigenschaft, dass sie nur von Dritten, an dem ursprünglichen Geschäft nicht Beteiligten, geltend gemacht werden kann. Es ist also die zwischen dem Schuldner und seinem Kontrahenten, dem sogenannten A n f e c h t u n g s g e g n e r, vollzogene d. i. s. vollwirksam für diese beiden, sowie für jeden anderen Dritten, und bleibt es.⁵⁾ Nur durch die zur Anfechtung berechtigten benachteiligten Gläubiger des Schuldners kann sie, vorausgesetzt, dass sie der Anfechtung unterliegt, als ihnen gegenüber wirkungslos durch die Paullianische Klage angegriffen werden.⁶⁾

2. Eine solche Anfechtung ist denkbar innerhalb und ausserhalb des Konkurses. Schon für das römische Recht ist bestritten, ob sie schon vor erfolgter missio in bona oder nur nach, und dann wieder, ob sie vor oder nach

¹⁾ s. u. S. 37 ff.

²⁾ s. u. S. 40.

³⁾ Dernburg, I. § 120. Schlossmann, Die Lehre vom Zwange. Leipzig 1874, § 3.

⁴⁾ Dernburg, I. § 120. Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen nach röm. Recht. Berlin 1892, S. 294.

⁵⁾ Otto, S. 18.

⁶⁾ Cosack, S. 240. v. Wilmowsky, 2. S. 148.

venditio bonorum anstellbar ist.¹⁾ Dementsprechend herrscht in betreff des gemeinen Rechts ein scharfer Kampf, ob Anfechtung auch vor oder nur nach Konkurseröffnung, nur in oder auch ausserhalb des Konkurses möglich ist.²⁾ Teils wird die Anfechtung ausserhalb des Konkurses gänzlich verneint,³⁾ teils mit starken, unter sich wieder alle Variationen zeigenden Einschränkungen zugestanden,⁴⁾ teils endlich jedem einzelnen Gläubiger bei jedem Nachweis der Schädigung stets gegeben.⁵⁾ Hauptsächlich dreht sich dieser Streit um prozessuale Fragen, so dass, falls überhaupt die actio Paulliana auch ausser dem Konkurse zulässig ist, es doch eben materiell dieselbe actio Paulliana bliebe, der Unterschied der Anfechtung von der im Konkurse nur ein formeller wäre, und dadurch die materiellen Voraussetzungen der actio Paulliana nicht berührt würden.⁶⁾ Am allerwenigsten aber ist eine vom konkurstmässigen Verfahren abweichende Behandlung der d. i. s. wahrscheinlich. Die Untersuchung ist darum für den gemeinrechtlichen Teil auf die konkurstmässige Anfechtung zu beschränken.

III. 1. »Datio in solutum« ist kein in den Quellen enthaltener Ausdruck,⁷⁾ die Römer sprechen vielmehr nur von »in solutum dare«, »pro soluto dare«, »rem pro re« oder »aliud pro alio solvere«. »Dare« im engeren

¹⁾ Brinz, § 345, A. 9. Fischer, S. 4. Fittig, XLIX. S. 313 ff. Grützmann, S. 71. v. Holtzendorff, R. L. I, S. 106. Huschke, XIV. S. 40, 43. Schönemann, S. 35. Windscheid, § 463, A. 25.

²⁾ Fitting, XLIX, S. 315.

³⁾ Dernberg, II. § 144. Keller, § 369. Laspeyres, S. 40. Puchta, V. § 380. Unterholzner, II. S. 94. Seuff. Archiv: III. 251; XIII. 202; XVIII. 86; XXVI. 98; XXX. 100; XXXI. 299; XXXIII. 180.

⁴⁾ Fischer, S. 4, 8. Fitting, XLIX, S. 318. Grützmann, S. 71. Günther, S. 786. Schey, S. 149, 153. Seuff. Archiv: III, 251; XV, 180; XVI, 171; XXX, 100 etc.

⁵⁾ Arnds, § 228, 2. Otto, S. 216. Reinhart, S. 55. Schönemann, S. 42. 34. Sintenis, § 124, 5. Windscheid, § 463, 25. Seuff. Archiv: II. 215; III. 247, 251; IX. 356; XI. 321; N. F. VII. 215.

⁶⁾ Grützmann, S. 71. Jäkel, S. 1. Otto, S. 217.

⁷⁾ Römer, S. 2. Windscheid, § 342, A. 10.

Sinn bezeichnet nur die Übereignung körperlicher Sachen und Bestellung dinglicher Rechte,¹⁾ so dass auch d. i. s. eigentlich in dieser engeren Begrenzung zu verstehen wäre.

2. Dem heutzutage herrschenden juristischen Sprachgebrauche nach ist jedoch unter d. i. s. allgemein, dem quellenmässigen »aliud pro alio solvere« sinnentsprechend, jede Leistung an Erfüllungsstatt überhaupt zu verstehen.²⁾ D. i. s. in diesem weiteren Sinne ist — wie solutio im engeren Sinne, die eigentliche Erfüllung — ein auf Tilgung einer Obligation durch Leistung (re) gerichtetes zweiseitiges Rechtsgeschäft, jedoch — im Gegensatz zur solutio — durch die mit Einwilligung des Gläubigers erfolgende Leistung eines anderen Wertes an Stelle des in obligatione befindlichen Schuldobjektes;³⁾ sie ist also gewissermassen eine Modifikation der Erfüllung, ein sogenanntes Erfüllungssurrogat.⁴⁾

Statt des technisch genaueren Ausdrucks »Erfüllung« wird gewöhnlich synonym »Zahlung« und ebenso »Leistung an Zahlungsstatt« gebraucht. Es ist aber dabei nicht zu vergessen, dass Leistung in Geld statt eines primär in obligatione befindlichen Gegenstandes ebenso unter d. i. s. fallen kann, also der Ausdruck »Leistung an Zahlungsstatt« nicht in dem eigentlichen wörtlichen Sinne zu verstehen ist, wenn auch für den Regelfall dieser wörtliche Sinn genügen wird.

3. Über die Anfechtbarkeit einer d. i. s., die zur Erfüllung einer Obligation geschehen ist, welche selbst zur Benachteiligung der Gläubiger geschlossen, also selbst anfechtbar ist, herrscht kein Zweifel. Der aus jener Obligation zu entnehmende Anfechtungsgrund würde sogar gegen die Zahlung fortwirken. In Frage kommt nur

¹⁾ Dernburg, II. § 23. Puchta, Inst. 3. Leipzig 1854. III. S. 10. § 14 J. (4, 6). L. 167 pr. D. (50, 17). L. 3 pr. D. (7, 1). L. 136 § 1 D. (45, 1). etc.

²⁾ Dernburg, II. § 58. Otto, S. 80. Windscheid, § 342.

³⁾ Arnds, § 222. Dernburg, II. §§ 55, 58. Puchta, § 380. Römer, S. 1, 3. Windscheid, § 342. pr. J. (3, 29).

⁴⁾ Dernburg, II. §§ 55, 58. Laspeyres, S. 70. Puchta, P. § 287. Struckmann, S. 282. Unger, XV. S. 529.

eine d. i. s., die für eine schon bestehende, unanfechtbar bestellte Schuld geschah.

4. Diese d. i. s. ist wieder denkbar vor und nach Eröffnung des Konkurses. Schon für das römische Recht würde die Anfechtbarkeit einer nach *missio in bona* erfolgten d. i. s. nicht zweifelhaft sein, da sogar Zahlungen nach erfolgter *missio* unbedingt anfechtbar sind.¹⁾ Noch weniger aber kommt für das spätere gemeine Recht eine nach Konkurseröffnung erfolgte d. i. s. in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit in Frage: Im späteren gemeinen Recht hat sich die Bedeutung der Konkurseröffnung allgemein für die Frage nach der Anfechtung stark verschoben. Da mit dem *decretum de aperiundo concursu* der Kridar nunmehr das Dispositionsrecht über die Konkursmasse verliert, so sind seine Rechtshandlungen betreffs derselben den Konkursgläubigern gegenüber *ipso iure* nichtig.²⁾ Eine Hingabe an Zahlungssatt bedarf daher für dieselben resp. den Konkurskurator nicht mehr der Anfechtung. Daraus folgt, dass für uns bloss eine vor Konkurseröffnung erfolgte d. i. s. in Frage stehen kann. Die Untersuchung hat sich nur damit zu beschäftigen: Ist eine vor Konkurseröffnung erfolgte d. i. s. mit der *actio Pauliana* anfechtbar oder nicht?

5. Es sind dabei zwei Fälle zu unterscheiden: Eine d. i. s. kann stattfinden von Seiten des Kridars und von Seiten eines Schuldners des Kridars. Bei ersterer ist das Anfechtungsobjekt die Hingabe an Zahlungsstatt, bei letzterer dagegen die mit der Annahme an Zahlungsstatt verknüpfte Aufgabe des Forderungsrechts von Seiten des Kridars. Wollte man den Ausdruck »*datio in solutum*« für massgebend halten, so könnte man nur die erstere als hierher gehörig ansehen. Jedoch versteht

¹⁾ L. 6. § 7 D. quae in fraudem creditorum (42, 8).

²⁾ Arnds, § 226. Bayer, S. 75, 77. Fischer, S. 9. Franke, XVI. S. 129. Keller, § 369. Puchta, P. § 247. Schweppe, S. 42. Sintenis, II. S. 747. Windscheid, §§ 463.

man unter d. i. s., wie oben¹⁾ dargethan, das ganze zweiseitige Geschäft. Man muss daher auch die Anfechtbarkeit der Aufgabe des Forderungsrechtes gegen Annahme an Zahlungsstatt unter die Frage nach der Anfechtbarkeit der d. i. s. subsumieren. Darum ist zu teilen in die Untersuchung der Anfechtbarkeit einer d. i. s. für eine Schuld des Kridars und einer d. i. s. für eine Schuld des Anfechtungsgegners.

II. Teil: Anfechtbarkeit einer d. i. s. für eine Schuld des Kridars.

Erster Abschnitt:

A. Aus verschiedenen Quellenstellen hat man versucht, Bestimmungen über die Anfechtbarkeit einer vom Kridar für seine Schuld an einen Gläubiger vorgenommenen d. i. s. herauszulesen und geglaubt, direkte Quellenbelege für oder wider gefunden zu haben.

1. Früher gab es eine, bis in die neuere Zeit herrschende Ansicht, dass d. i. s. ein zweiseitiger obligatorischer — und zwar je nachdem die eigentliche Schuld in Geld oder anderen Sachen u. s. w. bestände — mit Kauf oder Tausch u. s. w. zu identificierender Vertrag sei.²⁾ Wäre diese Auffassung richtig, so hätte man in allen Stellen über die Anfechtbarkeit des Kaufs u. s. w. zugleich indirekt Belege der Quellen für die Anfechtbarkeit der d. i. s. Auf diese veraltete Ansicht einzugehen ist jedoch nicht nötig, da sie heut wohl von keinem Schriftsteller mehr gehalten wird.³⁾

2. In anderer Weise aber bringt man die d. i. s. mit dem Kauf in Verbindung. Man stützt sich auf L. ultima D. (42, 4): qui rem in solutum accepit, emptori similis est.

¹⁾ s. o. S. 6.

²⁾ Accursius Gl. zu L. 4. C. (8, 45) Cujacius Commentar in tit. 44. de evict. lib. VIII. C. L. 4. Römer, § 2. Ähnlich: Franke, S. 265. Laspeyres, S. 71. Seuff. Arch. XXI. 186.

³⁾ Dernburg, II. § 58. Keller, § 263. Römer, § 2. v. Vangerow, S. 168. Windscheid, § 264.

Für die Anfechtung wenigstens, meinen Römer und Laspeyres¹⁾ mit Bezug auf die Inskription dieser Stelle und ihre Stellung in dem Titel über die *missio in possessionem*, und zwar für die Anfechtung durch *missio in possessionem legatorum servandorum causa*, werde die d. i. s. dem Kauf gleichgestellt. Diese Erklärung der L. ultima selbst ist sehr bestritten.²⁾ Abgesehen davon kommen Römer und Laspeyres auf die Paullianische Anfechtung erst durch analoge Anwendung. Darin selbst liegt schon, dass die Stelle direkt nichts über die Paullianische Anfechtung enthält. Ob aber die Punkte, denen sie für ihre Analogie Bedeutung beimessen, gerechterweise für wichtig angesehen werden, ist nur durch eine Beurteilung ihrer dogmatischen Untersuchung zu erkennen, und diese Beurteilung ist erst später möglich.³⁾

Ähnlich benützt Vangerow⁴⁾ dieselbe Stelle, aber auch nur als Zwischenglied seiner dogmatischen Theorie.⁵⁾

3. Das Gleiche gilt für die Benutzung von L. 15. C. (5, 71) durch Laspeyres.⁶⁾

4. Franke und Sintenis⁷⁾ führen weiter L. 1 pr. und § 2 D. h. t. ins Feld: . . . quae fraudationis causa gesta erunt; haec verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum. . . . Unter die Worte: »quae fraudationis causa gesta erunt; haec verba generalia sunt« müsse nun auch jedes Rechtsgeschäft — allein die Zahlung ausgenommen — fallen. Hiermit nehmen sie gerade die Frage, welche sie entscheiden sollen, zum Ausgangspunkte: Wo steht es, dass nur die Zahlung, nur solutio, von der Regel der Anfechtbarkeit ausgenommen ist! Da

¹⁾ Laspeyres, S. 71. Römer, S. 150. Ebenso; Seuff. Arch. XXXI, 89.

²⁾ Puchta, V. § 380, 3 c.

³⁾ s. u. S. 34.

⁴⁾ v. Vangerow, § 697, A. 5.

⁵⁾ s. u. S. 22, 34.

⁶⁾ Fischer, S. 46. Laspeyres, S. 73.

⁷⁾ Franke, S. 263. Sintenis, S. 745.

d. i. s. eine Modifikation der Zahlung, ihr sehr nahestehend ist, so erhebt sich eben die Frage, ob sie der Ausnahme der Zahlung folgt oder der Regel. Aus der Regel selbst ist diese Beantwortung nicht zu gewinnen, sondern nur entweder aus direkt sich äussernden Stellen oder aus dem dogmatischen Verhältnis zwischen solutio und d. i. s.

5. Für direkt »entscheidend« halten nun Römer und Vangerow¹⁾ L. 25 § 3 D. h. t.: Si procurator ignorante domino, cum sciret, debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus. Diese Stelle könne nur von einer d. i. s. verstanden werden; auf Zahlung, die ja nicht anfechtbar sei, könne sich »accipere« nicht beziehen; folglich sei d. i. s. gemeint und für anfechtbar erklärt. Dass L. cit. dennoch anders verstanden werden kann, zeigen die von jener (und unter sich meist wieder) verschiedenen Auslegungen vieler anderer.²⁾ Welche von diesen, auf d. i. s. sich nicht beziehenden, Auslegungen die richtige sei, ist für uns gleichgiltig. Hier kommt nur in Betracht, ob Römers und Vangerows Auffassung richtig ist. Das ist sie nicht. Ihre Folgerung: Weil »accipere« sich nicht auf Zahlung beziehen kann, muss es sich auf d. i. s. beziehen, ist mindestens willkürlich. »Accipere« kann sich noch auf vieles andere beziehen; das beweisen auch die abweichenden Ansichten. Worauf Venulejus es bezogen haben mag, ist beim Mangel des Zusammenhanges nicht zu ermitteln.

6. Schwieriger gestalten sich einige Codexstellen. L. 1 C. (7, 75) zieht Laspeyres³⁾ an: Si heres post aditam hereditatem ad eum, cui cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem

¹⁾ Römer, S. 151. v. Vangerow, § 698, A. 5. Ebenso: Seuff, Arch. XXXI, 89. R. O. H. G. XV, 52.

²⁾ Accursius, Gl. zu L. 25, § 3 (42, 9). Fischer, S. 48. Grützmann S. 55. Mommsen, bei Fischer, S. 48. Otto, S. 157. Reinhart, S. 125. Struckmann, S. 301. Windscheid, § 463.

³⁾ Laspeyres, S. 73.

tuam id fecit, bonis eius excussis, usitatis actionibus (si tibi negotium gestum fuerit) ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis. »Corpora hereditaria transtulerit« bezeichne jedenfalls (!) d. i. s. von Erbschaftssachen; welche Auffassung man sonst auch von der Stelle haben möge, ob man »cui cessit« als *cessio bonorum* verstehe, welche der Erbe bereits vor Anfall der Erbschaft vornahm, und zu deren Ergänzung, um den Schuldrest zu tilgen, er jetzt noch einzelne *corpora hereditaria in solutum* gebe, oder ob man mit der Glosse »cui cessit« auffasse als eine auch einzelne *corpora hereditaria* umfassende d. i. s., die der Erbe nach Antritt der Erbschaft zur Befriedigung eines eigenen Gläubigers vornimmt. Aber keine dieser beiden Erklärungen von »cui cessit« ist zu billigen. Die Auffassung der Glosse ist an sich schon unwahrscheinlich, da das Perfekt »cessit« nicht gut als *in solutum dando*, wie die Glosse will, gemeint sein kann.¹⁾ Beide Erklärungen kränken vor allem aber an der ganz unmotivierten Unterscheidung zwischen Erbschafts- und eigenen Gläubigern des heres. Wären die »creditores«, denen er »permansit obligatus«, als Erbschaftsgläubiger zu verstehen, so wäre der Satz, dass der Erbe trotz der d. i. s. einzelner *corpora hereditaria* den Erbschaftsgläubigern verhaftet bleibe, doch ein recht selbstverständlicher, überflüssiger, und auch das nachfolgende »igitur« gänzlich in der Luft schwebend. Einen guten Sinn giebt L. cit. vielmehr nur, wenn man »cui cessit« als *in iure cessio hereditatis post aditam hereditatem*²⁾ auffasst und unter »creditoribus permansit obligatus« die eigenen Gläubiger des Erben versteht. Dahin scheint auch die grammatische Konstruktion zu drängen: »cessit« lässt hier einen Zusatz über das Objekt vermissen; dessen Weglassung erklärt sich am besten

¹⁾ Fischer, S. 47. Laspeyres, S. 74. Römer, S. 151. Struckmann, S. 297/8. v. Vangerow, § 697, A. 5. Zürcher, S. 16.

²⁾ Gaius, II. § 35 in fine. Sohm, Institutionen, S. 389, A. 3. Struckmann, S. 299.

durch Ergänzung aus dem unmittelbar vorangehenden »aditam hereditatem«. Bei dieser Deutung der Stelle ist aber nur die Rede von einer ganz gewöhnlichen Veräußerung der Erbschaft durch in iure cessio post aditam hereditatem;¹⁾ ob dieselbe schenkungsweise oder entgeltlich geschah, ist nicht aufgenommen, noch weniger, ob gerade zum Zweck einer Schuldtilgung und nun gar einer Schuldtilgung durch d. i. s.

7. Gegen die Anfechtbarkeit der d. i. s. glaubt Struckmann²⁾ in L. 22. § 4 ff. — 8 C. (6, 30) ein Argument gefunden zu haben: . . . sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per conductionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. . . . Hier ist bestimmt, dass, wenn ein Erbe infolge des beneficium inventarii die Erbschaftsgläubiger, »qui primi veniunt«, durch Zahlung oder d. i. s. befriedigt hat, und dann die Erbschaft nicht ausreicht, doch diejenigen noch nicht befriedigten Gläubiger, »qui ex anterioribus veniunt hypothecis«, sich an die »posteriores« halten können. Durch argumentum a contrario schliesst Struckmann nun, dass die nicht befriedigten chirographarischen Gläubiger den anderen, befriedigten chirographarischen Gläubigern nicht wegnehmen könnten, was diese durch d. i. s. erhalten hätten. Und doch greife das beneficium inventarii gerade bei überschuldeten Erbschaften Platz;³⁾ hieraus erhelle, dass in einer trotz Überschuldung erfolgten und

¹⁾ Gaius, II. § 35 in fine. Sohm, Institutionen, S. 389, A. 3. Struckmann, S. 299.

²⁾ Struckmann, S. 289.

³⁾ Fischer, S. 44.

zum Schaden anderer Gläubiger reichenden d. i. s. keine Rechtswidrigkeit liege, sie nicht anfechtbar sei.

Ohne schon hier über die Art, wie Struckmann die Frage nach der Anfechtbarkeit der d. i. s. von ihrer objektiven Rechtswidrigkeit oder Nichtrechtswidrigkeit abhängig macht, zu urteilen¹⁾, sprechen bereits zwei Gründe innerhalb seiner eigenen Ausführung gegen Heranziehung dieser Stelle. Wenn man nämlich auch wirklich mit Struckmann eine »überschuldete« Erbschaft unterlegt, so liegt doch immer noch die Sachlage hier ganz anders als bei einer paullianisch anzufechtenden d. i. s., so dass der eine für den anderen Fall nicht massgebend sein kann: In L. cit. liegen keineswegs die Paullianischen Erfordernisse der Benachteiligungsabsicht des Schuldners und der Kenntnis derselben von Seiten des befriedigten Gläubigers vor; trotz Ausschluss der Anfechtbarkeit hier kann die Anfechtbarkeit in Paullianischer Weise unbehindert vorhanden sein. Wollte man aber auch Benachteiligungsabsicht und Kenntnis der Stelle supponieren, so würde doch immer L. cit. eher zur Widerlegung der Ansicht Struckmanns — auch von seinem Standpunkt aus — dienen, da sie wegen der privilegierten Natur des *beneficium inventarii* mindestens ebenso gut die Rechtswidrigkeit und Anfechtung als nur in diesem Fall ausgeschlossen, also als sonst gerade vorhanden erscheinen lassen kann.²⁾

8. Endlich beruft man sich auf Nov. 4 cap. 3, das sogenannte *beneficium dationis in solutum*: . . . si quis enim mutuaverit aurum, debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, . . . si nec quispiam emtor immobilium eius rerum adsit . . . tunc . . . iudices . . . praeparent, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela, cum qua debitor

¹⁾ s. u. S. 25, 26.

²⁾ Grützmann, S. 56. Otto, S. 80.

dare possit. . . .¹⁾ Der Inhalt dieser Novelle ist nicht unbestritten. Die eine Ansicht ist²⁾: Wenn der Schuldner einer Geldschuld sich Geld nicht zu verschaffen vermag, so müsse der auf Zahlung dringende Gläubiger entweder Grundstücke des Schuldners nach gerichtlicher Taxe u. s. w. an Zahlungsstatt annehmen, oder, wenn er eine solche Befriedigung nicht will, stunden. Diese Ansicht sieht in der Novelle nur den Zweck, die Verschleuderung des Grundeigentums des Schuldners im Wege der Exekution zu verhüten. Ihr folgend ist eine Folgerung auf irgend eine Beziehung zur Anfechtbarkeit der d. i. s. nicht gut möglich.

Naheliegend ist dies jedoch bei der zweiten, herrschenden Ansicht³⁾ Diese sieht in der Nov. cit. die Bestimmung, dass der Schuldner im obigen Fall seine Gläubiger direkt zwingen kann, seine Grundstücke an Zahlungsstatt anzunehmen, und sie meint nun fast durchweg, in dieser Bestimmung eine Bezugnahme auf die Anfechtbarkeit der d. i. s. zu finden, resp. folgern zu müssen. Es kann, sagt man, nicht der Wille des Gesetzes sein, dass der Gläubiger statt Geld Grundstücke unter Umständen annehmen müsse, unter denen sie der Schuldner dem Anfechtungsrecht zufolge nicht geben dürfte: Der grösste Teil der Verteidiger der Anfechtbarkeit der d. i. s. glaubt für das Vorliegen des obigen Thatbestandes eine positivrechtlich neugeschaffene Ausnahme von ihrer Anfechtbarkeit annehmen zu müssen⁴⁾. Die Verteidiger der Unanfechtbarkeit sehen in ihr gerade ein unfehlbares Argument für ihre Ansicht.⁵⁾ [Mit welchem Recht speciell durch letztere eine privilegische Bestimmung betreffs eines

¹⁾ Text des Authenticums. Im griechischen Text: . . . τῇ τοῦ δεδανεισμένου περιουσίᾳ πιστεῦσιν . . .

²⁾ Römer, S. 168. Sintenis, S. 152. Seuff, Arch. XXX, 203.

³⁾ Arnds, § 222. Dernburg, II. § 58. Keller, § 263. Puchta, P. § 240.

⁴⁾ Otto, S. 80.

⁵⁾ Fischer, S. 42. Struckmann, S. 288.

besonderen Thatbestandes — selbst die durch den jüngsten Reichsabschied geschaffene Ausdehnung auf bewegliche Güter ist nur als lediglich transitorisch anzusehen¹⁾ — auf die ganze Natur der d. i. s. angewandt wird, ist hier nicht relevant.] Hier kommt es nur auf die beiden Ansichten gleichmässig zugrundeliegende Auffassung an, dass überhaupt durch Nov. cit. eine die Anfechtbarkeit der d. i. s. berührende Bestimmung gegeben sei.

Dazu wäre vor allem nötig, dass der objektive Thatbestand der beiden Fälle der gleiche wäre. Nun setzt aber die Anstellung der actio Pauliana eine thatsächliche Schädigung der anfechtenden Gläubiger voraus, d. i. ihre Nichtbefriedigung infolge Überschuldung des für sie in Betracht kommenden Vermögens des Kridars²⁾ — eine Frage, die übrigens unabhängig ist von dem Streit, ob die Überschuldung zur Zeit oder infolge der fraudulosen Veräußerung vorhanden sein müsse.³⁾ — Dies Erfordernis der »Überschuldung, Vermögensunzulänglichkeit« ist von der herrschenden Meinung anerkannt.⁴⁾ Anders aber ist in der Novelle bei »substantia debitoris«, wie aus dem griechischen Text: περίουσία, wörtlich = Überfluss, zu ersehen, und übrigens auch von der herrschenden Meinung angenommen ist, nur an »Zahlungsunfähigkeit« gedacht. Hieraus folgt, dass die Novelle, auch wenn man der oben dargethanen zweiten Ansicht⁵⁾ über ihren Inhalt folgen will, höchstens eine Abänderung des Rechts der Hingabe an Zahlungsstatt giebt, aber die Frage nach ihrer Anfechtbarkeit unberührt lässt: Sie ist

¹⁾ J. R. A., § 72. Keller, § 263. Römer, S. 177. Sintenis, S. 152. Windscheid, § 342, A. 12. A. M.: Arnds, § 222.

²⁾ Grützmann, S. 15. Otto, S. 216.

³⁾ Otto, S. 91.

⁴⁾ Unbedingt alle S. 5. A. 3 Genannten. Speciell: Dernburg II. § 144, 145, 2. Fischer, S. 3. Grützmann, S. 14; 37, A. 38; 25, A. 76. Hasenbalg, S. 10, 11, welcher unter »Insolvenz« offenbar »Überschuldung« versteht. Laspeyres, S. 40, 41. Otto, S. 140. Sintenis, S. 746.

⁵⁾ s. o. S. 14.

kein Beweis für die Unanfechtbarkeit der d. i. s., und es ist die nach ihr erfolgte d. i. s. nicht »ausnahmsweise unanfechtbar«, weil sie nämlich garnicht anfechtbar sein kann. Weder die Paullianische Benachteiligungsabsicht und infolgedessen auch nicht Kenntnis derselben, noch tatsächliche Benachteiligung anderer Gläubiger liegt vor und kann für sie vorliegen; denn das Vermögen des Schuldners ist keineswegs überschuldet, nur Geldmittel hat er nicht in Händen. Kommen aber doch Benachteiligungsabsicht des Schuldners und ihre Kenntnis und tatsächliche Benachteiligung anderer Gläubiger infolge einer »Überschuldung« des schuldnerischen Vermögens hinzu, so sind freilich die Anfechtungserfordernisse gegeben; dann liegt aber garnicht mehr der Thatbestand der Novelle vor, und dann braucht sich der Gläubiger die d. i. s. nicht gefallen zu lassen, resp. kann sie, wenn er einwilligt, jetzt so gut wie sonst angefochten werden. Wusste jedoch der Gläubiger nichts von der Überschuldung, dann konnte der Schuldner allerdings, dies ausnützend, ihn zur Annahme zwingen, dann aber kann der Gläubiger auch die Benachteiligungsabsicht des Schuldners unmöglich gekannt haben, also ist dann auch wieder die erzwungene d. i. s. nicht anfechtbar.

Auch aus Nov. 4. cap. 3 ist demnach eine Bestimmung über die Anfechtbarkeit der d. i. s. nicht zu entnehmen.

B. Sämtliche Versuche, direkte Quellenbelege für unsere Frage zu finden, müssen demnach als missglückt angesehen werden.¹⁾

Zweiter Abschnitt:

A. Eine Lösung der Frage nach der Anfechtbarkeit der d. i. s. scheint nur auf dogmatischem Wege möglich.

1. Welche Richtung dabei einzuschlagen ist, darauf wurde schon einmal hingewiesen: Das edictum fraudatorium hat alle Veräußerungen der Anfechtung unterworfen, ausgenommen ist aber doch die Zahlung. Über d. i. s. ist positiv nichts bestimmt. D. i. s. ist aber eine Modi-

¹⁾ Ebenso: Fischer, S. 37. Otto, S. 79. Windscheid, § 463, A. 33.

fikation der Zahlung, ihr sehr nahestehend. So liegt die Schwierigkeit darin, zu entscheiden, ob sie der Ausnahme der Zahlung folgt oder der Regel.

2. Hierbei ist es von vornherein wichtig, eine Scheidung zu treffen zwischen der Hingabe eines dem eigentlichen Schuldobjekt gleichwertigen Gegenstandes an Zahlungsstatt und der d. i. s. eines höherwertigen Gegenstandes.¹⁾ Der erste Fall ist als der naturgemässe, regelmässige zuerst zu behandeln; er liegt auch den sogleich zu besprechenden Theorien als Normalfall durchweg zu Grunde. Aber nicht nur deswegen ist er zum Ausgangspunkt zu wählen: Es wird unsere Frage für den anderen Fall überhaupt nur dann existent, wenn die Anfechtbarkeit des ersten verneint ist. Zunächst ist also nur der Fall zu untersuchen, dass für eine fällige klagbare Schuld ein Gegenstand an Zahlungsstatt gegeben worden ist, dessen Wert den Betrag der Forderung nicht übersteigt.

3. Die einzelnen Theorien haben sich recht verschieden gestaltet, nicht so sehr in ihrem Resultat — denn hier ist ja nur entweder Anfechtbarkeit oder Unanfechtbarkeit möglich — als vielmehr in ihrer Begründung und vor allem der Auffassung ihres Ausgangspunktes. Der Ausgangspunkt für eine jede mussten nach dem oben Gesagten unbedingt die Bestimmungen der Quellen über die Zahlung sein. Man hat zwar daneben zur Erweiterung der in den Quellen fussenden Basis vielfach mit den dort über die Anfechtung der Verpfändung enthaltenen Bestimmungen operiert²⁾ und durch Analogie zu entwickeln versucht, wie die Anfechtbarkeit der d. i. s. zu behandeln sei. Da jedoch die d. i. s. der Zahlung wohl sehr viel näher steht als der Verpfändung, und da auch über die Zahlung — für uns das Massgebende — hinreichend genaue Bestimmungen in den Quellen enthalten sind, so erscheint es angemessener, einer Ausdeh-

¹⁾ Fischer, S. 40.

²⁾ Fischer, Die Anwendbarkeit der actio Pauliana etc. R. G. E. IX, 102.

nung der Untersuchung auf die Verpfändung, weil zu weitgehend und unnötig, nicht stattzugeben.

B. Nicht immer hat man über die Deutung der für die Zahlung gegebenen Bestimmungen dieselbe Auffassung gehabt wie heutzutage.

1. Lange herrschte, wenn auch niemals unbestritten, im älteren gemeinen Recht die sogenannte Gratifikations-theorie.¹⁾ Nach ihr sollten Zahlungen unter Umständen als unentgeltliche Zuwendungen (!) auch ohne Kenntnis des Empfängers schon bei Vorliegen der Benachteiligungsabsicht des Schuldners anfechtbar sein. Die Benachteiligungsabsicht aber sollte stets vorliegen in dem Zwecke des Kridars, einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen. Wäre so Zahlung anfechtbar, wäre es natürlich erst recht d. i. s., und hiermit unsere Frage erledigt.²⁾ Aber diese Lehre ist in Bezug auf inneren Halt und vermeintliche Quellenstützen so oft³⁾ und so gründlich widerlegt worden, dass es unnötig ist, auf sie näher einzugehen.

2. Stark abweichend, aber doch auf jener fussend ist die Ansicht, die als letzter Laspeyres 1833 verteidigte.⁴⁾ Doch wenigstens beim Zusammentreffen von Benachteiligungsabsicht des Schuldners und conscientia fraudis des Empfängers sei die Zahlung principiell anfechtbar; thatsächlich aber werde sie meist unanfechtbar sein, da bei Zahlung gewöhnlich die Redlichkeit beider Kontrahenten zu präsumieren sei. Für unsere Frage könnte man von dieser Ansicht aus zu keinem anderen Resultate kommen als auch Laspeyres, nämlich der principiellen Anfechtbarkeit der d. i. s.; auch hier wäre

¹⁾ Dabelow, S. 425—439. Franke, XVI. S. 135. Gottschalk, T. I. c. 36. Grützmann, S. 47. Kori, I. § 44. Schönemann, S. 56. Schweppe, § 63. Unterholzner, II. S. 99.

²⁾ Gottschalk, I. c. 36, insbes S. 333.

³⁾ Zuerst von Franke, XVI. No 5. Vgl. ferner: Arnds, § 228, A. 3. Dernburg, II. S. 61. Fischer, S. 12. Otto, S. 61. Schönemann, S. 16.

⁴⁾ Laspeyres, XXI. S. 54. Oelze, § 25—26. Neuerdings in abgeschwächter Form: Cosack, S. 116, A. 18.

jeder Zweifel ausgeschlossen. Doch auch diese modifizierte Gratifikationstheorie wird namentlich seit den Auslegungen, mit denen Vangerow¹⁾ ihre Quellenstützen gänzlich untergraben hat, von niemandem mehr gehalten,²⁾ so dass sich auch ihre Erörterung erübrigt.

3. Ganz haltlos ist endlich die Meinung Walchs,³⁾ dass Zahlung nur dann anfechtbar sei, wenn der Empfänger neben der Zahlungsannahme eine wirklich dolose Handlung zur Benachteiligung der Gläubiger gethan hätte; denn dann haftet er schon mit der *actio doli*, nicht mit der *actio Paulliana*.

C. Nach der ganz ausschliesslich herrschenden und hier darum unbedenklich zu Grunde zu legenden Ansicht sind darum Zahlungen fälliger Schulden unbedingt unanfechtbar.

I. Je mehr man aber jetzt darüber einig geworden ist, desto heftiger ist der Streit über den inneren Grund entbrannt, warum das römische Recht die *actio Paulliana* auf Zahlungen nicht erstreckt habe. Von ihrer Auffassung dieses legislativen Motivs nehmen alle Theorien über die Anfechtbarkeit oder Unanfechtbarkeit der d. i. s. ihren Ausgang,⁴⁾ und vor allem auf der Verschiedenheit jener Auffassung basiert auch die Verschiedenheit dieser Theorien. Ein Zurückgehen auf jene ist daher unbedingt erforderlich, da eine von diesem Ausgangspunkte aus richtig gefolgerte Theorie über d. i. s. doch nur auch bei Richtigkeit dieses Ausgangspunktes richtig sein kann, mit der Richtigkeit der Auffassung jenes legislativen Motivs diese steht und fällt.

II. Zunächst muss man sich über das negative Resultat klar werden, dass Zahlungen durchaus nicht deswegen ausgeschlossen sind, weil etwa nicht alle Voraussetzungen der *actio Paulliana* bei ihnen möglich seien.

¹⁾ v. Vangerow, § 697.

²⁾ Fischer, S. 13 ff. Grützmann, S. 47. Otto, S. 63—65.

³⁾ Walch, § 16 ff.

⁴⁾ Grützmann, S. 54. Otto, S. 61.

1. So haben Brinz, Günther und Zürcher¹⁾ der Zahlung die Eigenschaft der Vermögensweggabe abgesprochen, weil ja das Vermögen nicht mehr vermindert worden sei als auch schon durch das Bestehen der Schuld, des bisherigen Passivums, der Fall gewesen sei, und darauf weiterbauend geschlossen, es werde die Schuld durch d. i. s. nur ebenso getilgt als durch Zahlung; eine wirkliche Vermögensverringerung enthalte auch sie nicht. (In diesem Sinne scheint Brinz »suum recepit« zu verstehen in den von Zahlung handelnden L. 6 § 6 D. [42, 8] und L. 129 D. [50, 17.]

Diese Auffassung ruht darauf, dass sie das Paullianische Erfordernis der *deminutio patrimonii* als Vermögensverminderung in dem Sinne auffasst, dass nur eine Verminderung des Gesamtvermögens in Betracht komme, »quia bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno«.²⁾ Ist diese Meinung zu billigen? De lege ferenda kaum, wie Grützmann³⁾ ausgeführt hat: Es wäre dem Zweck des Anfechtungsrechts zuwiderlaufend, wollte man z. B. ausländische Güter einrechnen, in die beim Mangel eines Rechtshilfevertrages keine Vollstreckung gewährt wird; wollte man Gelder einrechnen, die der Schuldner nachweislich in Sicherheit gebracht hat, ohne dass zu ermitteln ist, wohin! Aber auch die Quellenstützen jener Ansicht dienen eher zu ihrer Widerlegung: L. 6 pr. h. t.: *pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.* Unter solchem Gewinn ist in dem hier quellenmässigen

¹⁾ Brinz, 1. Aufl. II. S. 531; 2. Aufl. S. 826. Günther, S. 783. Zürcher, S. 7—9.

²⁾ Ebenso: Eck, R. O. H. G. XXXVIII. S. 588. Hasenbalg, S. 20. Holzschuher, S. 1162. Huschke, XIV. S. 31. Schönemann, S. 21.

³⁾ Grützmann, S. 15. Ebenso: Fischer, S. 19. Laspeyres, S. 48. Meischeider, S. 36. Otto, S. 29, 47, 66. Römer, S. 150. Schey, S. 137. Sintenis, II. § 124, A. 30. Struckmann, S. 278/9. Windscheid, § 463. A. 8a. Seuff. Arch.: XIII. 78; XXI. 184; XXVIII. 90; XXIX. 197; XXXI. 89.

Sinne vor allem eine deferierte Erbschaft oder ähnliches zu denken, also ein Recht auf Erwerb oder Nichterwerb eine *facultas alternativa*, die doch jedenfalls auch zum Vermögen im weiteren Sinne zu rechnen ist,¹⁾ und deren Ausschlagung — *non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur* — fällt nicht unter das Paullianische Edikt! Es kann schon hiernach höchst wahrscheinlich *deminutio patrimonii* im Sinne des Anfechtungsrechtes nur Verminderung des vorhandenen, für die Gläubiger verwertbaren, d. i. des Aktiv-Vermögens bedeuten.²⁾ Das beweisen aber die Quellen auch direkt:³⁾ L. 3. § 2 D. (42, 8) kann kaum fürs Gegenteil gedeutet werden: *qui aliquid fecit, ut desinat habere, quod habet*. L. 6. § 7. h. t. aber sagt: *qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus*, d. h. Zahlungen nach der *missio in bona* sind anfechtbar. [Falsch ist die Ansicht, dass Handlungen nach *missio in bona* nichtig seien.⁴⁾ Solche Zahlungen unterliegen also dem Edikt natürlich unter denselben Voraussetzungen, wie jede andere anfechtbare Handlung, sie müssen also auch wohl die Voraussetzung, eine *deminutio patrimonii* zu sein, erfüllen; sie sind aber keine Vermögensverminderung, sondern nur Vermögensentäusserung. Es müsste endlich ein Kauf von dem Schuldner zum vollen Werte, der doch sicher das Gesamtvermögen nicht verringert, unanfechtbar sein, und das behauptet heute niemand mehr.⁵⁾

Die verfehlte Auffassung obiger Theorie erhellt hieraus ohne weiteres. Das gewonnene Resultat: *deminutio patrimonii* ist Verminderung des Aktiv-Vermögens, also gleich Vermögensentäusserung, gleichviel, ob an Stelle des aufgegebenen Objekts ein anderes mindestens gleich-

¹⁾ Otto, S. 30.

²⁾ Fischer, S. 19. Grützmann, S. 16. Otto, S. 49.

³⁾ Otto, S. 48. Seuff. Arch. XXI. 184. etc.

⁴⁾ Brinz und Czychlarz, S. 87. Fischer, S. 19, 20. Franke, S. 131/2. Huschke, XIV. S. 35. v. Wilmowsky, 2. S. 116. Windscheid, § 272, A. 8.

⁵⁾ A. M.: Hasenbalg, S. 20 ff.

wertiges in das Vermögen erworben wird oder nicht,¹⁾ wird noch später zu verwenden sein.

2. a) Zum Zweiten hat V a n g e r o w,²⁾ und mit ihm die wohl herrschende Ansicht,³⁾ der Zahlung das Erfordernis der *conscientia fraudis*, der »*mala fides*«, d. i. des Bewusstseins im Unrecht zu sein, abgesprochen. Der Empfänger der Zahlung habe ein wohlbegründetes Recht auf sie und könne darum nicht *dolos* handeln, d. h. wissentlich Unrecht thun, insofern er nur sein Recht ausübe. Etwas anderes sei es mit der d. i. s. Hier sei — worauf ein Teil seiner Anhänger das Hauptgewicht legt — nicht »*suum*«, das ihm Gebührende, sondern »*aliud pro alio*« gegeben; oder es liege — was V a n g e r o w selbst und der andere Teil seiner Anhänger für ausschlaggebend hält — ein neues Rechtsgeschäft vor. Darin sind beide zumeist wieder einig, dass, ob so oder so, bei der d. i. s. im Gegensatz zur Zahlung *dolus* des Empfängers möglich, und sie selbst darum anfechtbar sei.

Möchte letzterer Schluss an und für sich richtig sein, die ganze Theorie fällt zusammen, wenn der Vordersatz falsch ist, dass die Zahlung erlaubt sei, weil bei ihr *dolus* des Empfängers nicht möglich sein könne. Und diesen Vordersatz müssen wir für falsch halten. Drei gleich wichtige Gründe sind es, welche die Unhaltbarkeit dieser Theorie darthun.

Zunächst ist Franke, Grützmann und Hellmann⁴⁾ gegen die herrschende Meinung darin beizutreten, dass *conscientia fraudis* gar nicht notwendig die Gestalt des *dolus* annehmen muss, wenn es auch thatsächlich in den

¹⁾ Ähnl.: Seuff. Arch. XXXIII. 356.

²⁾ v. Vangerow, § 697, A. I. 1.

³⁾ Dernburg, P. P. R. II. S. 289. Grützmann, S. 49, 60. Holzschuher, S. 1164. Korn, S. 96, 111. Mankiewicz, S. 48. Otto, S. 66, 109. Reinhart, S. 112. Römer, S. 149. Schey, S. 134. Schönemann, S. 22—26. Sintenis, II. § 124, A. 26. Struckmann, S. 280. Seuff. Arch. XXXI. 89. R. O. H. G. XV. 51.

⁴⁾ Franke, S. 126. Grützmann, S. 60—65. Hellmann, XXVII. 96.

meisten Fällen dahin kommen wird. Es ist dies ein sehr wichtiger Punkt; die Folge ist principiell Aufgabe der Deliktsnatur der actio Paulliana und eventuell quasikontraktliche Haftung des Anfechtungsgegners. Ein näheres Eingehen aber erübrigt sich, weil Grützmanns Ausführungen nichts hinzuzufügen ist, und weil, auch ohne auf die conscientia fraudis einzugehen, die Unhaltbarkeit von Vangerows Ansicht nachzuweisen ist, was für unseren Zweck genügt. Hervorzuheben ist nur noch, weil später zu verwerten, dass sich hiernach als Grund für die Aufstellung der conscientia fraudis als eines Erfordernisses der Anfechtbarkeit der einfache Gedanke darstellt, »dass der Erwerber des vom Schuldner zum Schaden der Gläubiger Veräusserten vor einer unvermuteten Herausgabe seines Erwerbs bewahrt werden soll«.¹⁾

Der Grund zweitens, warum der Empfänger der Zahlung nicht dolos handeln könne, soll sein, weil er ein wohlbegründetes Recht auf sie habe. Allerdings! Aber warum ist ihm dieses Recht trotz des Edikts verblieben? Doch nur, weil es positiv ausgenommen sein muss. Aber diese Ausnahme soll ja eben begründet werden; so dreht sich die Argumentation dieser Theorie thatsächlich im Kreise!²⁾

In ähnlichem Zirkel bewegt sich die insofern abweichende Theorie Krisches,³⁾ als diese nicht erst auf den dolus eingeht.

Ausser diesem logischen Fehler der petitio principii aber begeht Vangerows Theorie drittens auch einen Verstoss gegen den juristischen Grundsatz: lex specialis derogat legi generali. Das Recht des Gläubigers auf Zahlung ist etwas Regelmässiges und Allgemeines. Das in der Anfechtungsklage liegende Verbot für alle Rechtshandlungen aber ist für einen besonderen Thatbestand ge-

¹⁾ Grützmann, S. 61. Ähnl.: Cosack, S. 92 vor A. 9.

²⁾ Fischer, S. 18. Grützmann, S. 49. Otto, S. 66.

³⁾ Krische, S. 586. Grützmann, a. a. O.

geben. Warum beschränkt dies Verbot nun nicht auch das Recht auf Zahlung? Das soll gerade erklärt werden!

Zur Verteidigung dieses »Rechtes« zur Zahlungsannahme könnte vielleicht mit V a n g e r o w entgegengehalten werden, dass in den Quellen selbst auf das Recht des Gläubigers hingewiesen sei: »sibi enim vigilavit«. ¹⁾ Damit ist jedoch keineswegs gesagt, dass dies eine wissenschaftliche Begründung sein soll. Wie oft werden nicht — man denke an die Scheingründe eines P a u l u s oder C e l s u s ²⁾ — in den Pandekten Gründe angeführt, welche die Ergebnisse offenbar nur dem Rechtsgeföhle des Laien näher bringen sollen. Dass ein solcher Fall hier thatsächlich vorliegt, wird um so wahrscheinlicher, als »vigilantia« keineswegs ein juristischer Begriff ist. Es ist endlich durch die Quellen ausgesprochen, dass nicht einmal bei einer Pflicht des Erwerbers zum Abschluss des Veräußerungsgeschäftes die Anfechtung ausgeschlossen ist; ³⁾ wie kann sie es da durch ein blosses Recht sein!

So ist diese Begründung, dass dolus, und damit das Erfordernis der conscientia fraudis bei der Zahlung ausgeschlossen sein soll, verfehlt. Wäre nun aber das Fehlen der conscientia fraudis aus anderen Gründen nachzuweisen, so könnte immerhin obige Auslassung dieser Theorie über die Anfechtbarkeit der d. i. s. richtig sein. Das ist aber nicht nachzuweisen. Es ist vielmehr das Gegenteil nicht nur aus den modernen Rechtsschöpfungen ersichtlich, sondern auch aus den Quellen direkt zu beweisen. Wie schon einmal erwähnt, sind Zahlungen nach der missio in bona nach römischem Recht anfechtbar. ⁴⁾ Da die missio in bona die Rechtsfähigkeit des Schuldners keineswegs berührte, vielmehr für seine Handlungen nach der missio in bona noch dieselben Erfordernisse der Anfechtung

¹⁾ L. 6. § 7. D. h. t.

²⁾ z. B. L. 20. D. de legat. II.

³⁾ L. 43. § 7. D. (21, 1).

⁴⁾ Brinz und Czyhlarz, S. 87 etc. s. o. S. 21. A. 4.

nötig blieben¹⁾ — wie bei allen anderen vor und nach der *missio in bona* gleichmässig anfechtbaren Enttäusungen zu sehen ist — so muss auch für die Zahlung das Erfordernis der *conscientia fraudis* möglich gewesen sein.²⁾ Ob es faktisch nach der *missio in bona* viel eher zu beweisen war, bleibt sich gleich; hier kommt es nur auf das Prinzip an, und dies ist, dass auch bei Zahlung *conscientia fraudis* möglich ist.

b) Vangerows Theorie sehr nahekommend ist die Theorie Struckmanns.³⁾ Diese ist insofern interessant, als Struckmann trotzdem betreffs der d. i. s. zum entgegengesetzten Resultat kommt. Er geht noch über Vangerow hinaus: »Sobald der Schuldner zwar insolvent geworden, aber noch nicht in formellen Konkurs geraten ist, gilt unter den Gläubigern die Prävention nach dem Satz: *melior est conditio occupantis*. Das schuldnerische Vermögen soll zwar nicht zum Nachteil der Gläubiger an Dritte kommen, sondern allein zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden, allein nicht in der Weise, dass schon jetzt die Gläubiger auch ein Recht auf gemeinsame Befriedigung haben; vielmehr bleibt es jedem unbenommen, ohne Rücksicht auf die anderen seine Befriedigung selbst zu suchen«. Befriedigung sucht er nun durch Annahme der Zahlung; darum liegt dabei keine objektive Rechtswidrigkeit, kein *dolus*, vor. »*Paritas rationis*« gelte aber auch für die d. i. s.; auch durch sie komme der Gläubiger nur zu seiner Befriedigung; auch sie könne nicht objektiv rechtswidrig sein.⁴⁾

Gilt wirklich der Satz, dass jeder Gläubiger seine Befriedigung suchen kann? Wäre das der Fall, so wäre freilich die Frage, ob d. i. s. anfechtbar ist, eine müssige; denn befriedigt wird ja der Gläubiger durch eine gleichwertige d. i. s. sicherlich auch nur. Aber nur Zahlung

1) Fischer, S. 19. Franke, S. 131/2. Struckmann, S. 278.

2) Otto, S. 67. Schey, S. 135. Struckmann, S. 279.

3) Struckmann, S. 280. Ähnl.: Schey, S. 135, A. 35.

4) Struckmann, S. 286.

»debitum suum recipere« ist erlaubt, nicht rechtswidrig, und ob die anderweitige Befriedigung durch d. i. s. es auch sei, ist ja eben die Frage! Struckmann setzt so zum zweitenmale die Frage, die er entscheiden soll, zum Ausgangspunkt.

Hierin liegt der grosse Unterschied zwischen Struckmanns und der später zu behandelnden Ansicht Fischers,¹⁾ dass Struckmann ohne Begründung das Recht der Gläubiger auf Befriedigung an die Spitze stellt.

Seine Ausführungen sind demnach als verfehlt anzusehen.

Wir sind damit zu dem Ergebnis gekommen, dass an und für sich auf die Zahlung alle Erfordernisse der actio Paulliana Anwendung finden können. Den Grund für ihre Unanfechtbarkeit hat man anderswo zu suchen.

3. So meinte Franke,²⁾ ihn in dem »Zwangsrecht« gefunden zu haben, welches der Gläubiger vor missio in bona habe; darum auch sei sie nach missio in bona, die zum Zwecke der gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger geschehe und das Zwangsrecht des Einzelnen aufhebe, anfechtbar. Ebenso sei nun d. i. s. nicht erzwingbar und darum anfechtbar.

Es ist einmal die Grundstütze Frankes, die Auslegung von L. 6 § 6 D. h. t. als einer Zahlung des Kridars³⁾ stark angefochten und, wie es scheint, mit Recht als Zahlung an den Kridar gedeutet worden.⁴⁾ Doch darüber kann man verschiedener Ansicht sein. Es ist, auch wenn man ihm jene Grundlage lässt, seiner Ansicht die innere Berechtigung abzusprechen. Er verschmilzt, wie schon sein Schlagwort »Zwangsrecht« andeutet, zwei

¹⁾ s. u. S. 27 ff.

²⁾ Franke, S. 140. Schey, S. 134. Seuff. Arch; XII. 228; XXV. 94.

³⁾ Franke, S. 260—265. Ebenso: Meischeider, S. 68. Otto, S. 58, Schey, S. 134, A. 32.

⁴⁾ Fischer, S. 10. Grützmann, S. 64, 48. Huschke, XIV. S. 31/2. Laspeyres, S. 58. Struckmann, S. 283. v. Vangerow, § 697. Windscheid, § 463, A. 31. Zürcher, S. 21.

Begriffe mit einander, den einen richtigen, dass die Erfüllung einer Rechtspflicht nicht rechtswidrig sein könne,¹⁾ und den anderen falschen, dass der Schuldner gezwungen gezahlt habe. Die Möglichkeit des Zwanges setzt Franke als Wirklichkeit und meint nun, dass jeder zahlende Schuldner sich nicht im Besitze der zu einer zurechenbaren Handlung erforderlichen Willensfreiheit befunden habe.²⁾ Aber ein Schuldner, der, ohne die staatliche Zwangsvollstreckung abzuwarten, zahlt, zahlt sicher freiwillig, und von solchen Zahlungen ist auch ohne Zweifel in den Quellen, und zwar, wie Laspeyres³⁾ noch zum Überfluss wahrscheinlich gemacht hat, sogar in allen bezüglichen Stellen die Rede. Auch Frankes Theorie liegt demnach eine verfehlte Auffassung zu Grunde.

4. Zwei sich nahe berührende Theorieen sind die Fischers und Ottos:⁴⁾ Beide gehen zur Begründung der Unanfechtbarkeit der Zahlung auf die materielle Billigkeit in ganz gleicher Weise zurück. [Dass Fischer schon den Begriff »fraus« danach konstruiert, ist für uns unerheblich.] Die Einführung der *actio Paulliana*, so argumentieren beide, war ein Sieg der *aequitas* über das *ius civile*. »Der Schwerpunkt der römischen *bonorum venditio* lag weiter ohne wesentliche Mitwirkung des Prätors in den Händen derjenigen Gläubiger, welche *missio in bona* erlangt hatten. Wie nun ein Gläubiger, der die *missio* nicht gesucht hatte, nach dem Vermögensverkauf den Immittierten gegenüber nicht verhältnismässige Mitbefriedigung erlangen konnte, so mussten es die Römer für unbillig halten, dass die Immittierten von einem, der ihnen in der Erreichung des Ziels zuvorkam, proportionale Abgabe verlangen könnten; denn in diesem wie in jenem Falle konnte der Befriedigte den zu spät ge-

¹⁾ s. u. S. 32.

²⁾ Ebenso: Seuff. Arch. XII. 228.

³⁾ Laspeyres, S. 50 ff. 54.

⁴⁾ Fischer, S. 6. 20 ff. Otto, S. 67—69. Ähnlich: Huschke, XIV, S. 32. Laspeyres, S. 36. Keller, § 369.

kommenen entgegenhalten: Sed vigilavi! Das nämliche Postulat der Billigkeit, das zum edictum Paullianum überhaupt erst geführt hatte, forderte demnach die Unanfechtbarkeit der Zahlung; dort war es Billigkeit im Interesse aller gegen einen, hier eines gegen alle¹⁾. Hierbei aber trennen sich beide Ansichten:

a) Nach Otto²⁾ ist nur durch die eine positive Ausnahme der Zahlung, des »suum recipere«, dieser — drastisch ausgedrückt — speciellen Billigkeit gegen die allgemeine Billigkeit des Edikts Raum gegeben worden. Eine positivrechtliche Singularität ist nicht analog ausdehnbar. Nach Otto muss d. i. s., wobei der Gläubiger nicht suum, sondern aliud pro alio erhält, anfechtbar sein.

b) Fischer³⁾ dagegen will der Billigkeit im Interesse des einen gegen alle eine weitere Geltung verschaffen, und weil nun bei obigem Venditionsverfahren »Befriedigung eines Gläubigers den Römern nicht als materiell unbillige Entziehung dessen habe erscheinen können, worauf die anderen Gläubiger einen Anspruch hätten, zu Gunsten eines, der darauf keinen Anspruch hätte«⁴⁾, so ist ihm die Unanfechtbarkeit der Zahlung nur eine Consequenz dieses Principes, die der d. i. s. eine zweite.

Der Ausgangspunkt beider scheint viel für sich zu haben infolge des Versuchs, die stets wertvolle geschichtliche Entwicklung zur Erklärung der Rechtserscheinungen zu verwerten. Auch gegen die innere Folgerichtigkeit lässt sich nichts einwenden. Wie verhalten sich aber ihre Resultate den Quellen gegenüber?

Zu a: Zunächst Fischer sagt:⁵⁾ Befriedigung durch d. i. s. erschien wie die durch Zahlung als billig und blieb darum unanfechtbar. — Aber die Billigkeit genügte doch nicht! Billigkeit allein kann gegen eine positivrechtliche

¹⁾ Fischer, S. 24, 25.

²⁾ Otto, a. a. O. Ebenso: Puchta, V. § 380.

³⁾ Fischer, S. 25, 26, 27. Ähnlich: Korn, S. 111, 113.

⁴⁾ Fischer, S. 41.

⁵⁾ Fischer, S. 40, 41, 26.

Bestimmung nicht aufkommen. Diese positivrechtliche Bestimmung war da, nämlich das edictum Paullianum, das, obwohl auch aus der Billigkeit entstanden, doch formell alle Veräußerungen für anfechtbar erklärte; sollte somit die Billigkeit der Zahlung und der d. i. s. praktische Folgen haben, so musste sie sich in einen positiven Ausnahmerechtssatz verwandeln. — Das verträgt sich ganz gut mit Fischers Grundidee, dass die Unanfechtbarkeit der d. i. s. ebensowenig wie die der Zahlung eine principielle, materielle Ausnahme von der materiellen Rechtsidee des Edikts sei. — Aber von einem positiven Ausnahmerechtssatz steht in den Quellen betreffs der d. i. s. wenigstens ganz sicher nichts! Gerade deshalb — könnte man einwenden — hat man ja die ganze Konstruktion unternommen, und dazu soll sie dienen, um jenes Fehlen zu ergänzen; wie kann man es ihr dann zum Vorwurf machen! Die Berechtigung liegt nahe: Folgt d. i. s. ohne weiteres der neugeschaffenen Regel der actio Pauliana, so liegt kein Grund vor, dass gerade sie vor den vielen anderen Rechtsgeschäften, die auch anfechtbar sind, als Beispiel erwähnt werden sollte; ist sie aber wie die Zahlung wieder eine Ausnahme von der formellen Regel: *haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum*,¹⁾ so kann man billigerweise erwarten, dass sie gleich der Zahlung in den Pandekten wäre besprochen worden. Da sie so ganz mit Stillschweigen übergangen worden ist, wird allerdings höchst wahrscheinlich, dass sie keine solche Ausnahme gebildet habe.

Die Schwäche dieser Theorie rührt daher, dass aus der aufgestellten Unterscheidung der »Billigkeit im Interesse Aller gegen Einen«²⁾ und der »Billigkeit im Interesse Eines gegen Alle« nicht die gehörigen Konsequenzen gezogen, sondern der Unterschied eher wieder verwischt

¹⁾ L. 1 § 2. D. h. t.

²⁾ Fischer, S. 25.

worden ist. Die Billigkeit der Unanfechtbarkeit der d. i. s. kann darum richtig erscheinen; dass sie positivrechtlich gegolten habe, ist nicht glaubhaft; das ist aber die Hauptsache. Darum kann man Fischers Ausführung nicht zustimmen.

Zu b: Dann muss wohl Ottos Ansicht unbedingt richtig sein? Er erstreckt ja die der speciellen Billigkeit wegen zu machende Ausnahme nur auf die Zahlung;¹⁾ und diese Ausnahme ist doch wohl in den Quellen wirklich positiv anerkannt! Nein, gerade der Quellen wegen ist auch Ottos Ansicht zu verwerfen:²⁾ In L. 6 § 7. D. h. t. wird die Anführung des Grundsatzes von der Unanfechtbarkeit der Zahlung mit den Worten eingeleitet: »sciendum, Julianum scribere eoque iure nos uti . . .« Julian hat also, wie Grützmann richtig hervorhebt, diesen Grundsatz zuerst als seine theoretische Ansicht — es handelt sich nicht um eine Anwendung des ius publice »respondendi«, sondern um »scribere« — behauptet, und wie die Worte: »eoque iure nos uti« und ebenso die vielen Zweifelsfragen in L. 24 (zweiter Teil) D. h. t. andeuten, ist dieser Grundsatz nicht ohne Kampf durchgesetzt worden.

Man muss darum annehmen, dass der ganze Aufbau auf die Billigkeit nicht den Kern der Frage getroffen hat, also speciell für uns weder Fischers Resultat der Unanfechtbarkeit, noch das Ottos von der Anfechtbarkeit der d. i. s. massgebend sein kann.

5. Die letzte Auseinandersetzung, dass die Unanfechtbarkeit der Zahlung gar keine positivrechtliche Ausnahme sein kann, führt vielleicht auf das Richtige. Sie muss dann wohl, ähnlich wie Fischer meinte, eine erst allmählich erkannte unmittelbare Folge des allgemeinen Rechtsgedankens der actio Paulliana sein, aber es muss nach obigen Ausführungen anders, als wie Fischer

¹⁾ Otto, S. 69.

²⁾ Grützmann, S. 52.

schluss, ein Rechtsgedanke sein, der auf die d. i. s. nicht Anwendung finden kann.¹⁾ Umgekehrt muss derselbe Grund, der die Zahlung unanfechtbar erscheinen lässt, zugleich die anderen Veräusserungen anfechtbar machen.

Was begründet nun deren Anfechtbarkeit? Nach der allgemein herrschenden Ansicht ihre in und durch das edictum Paullianum ausgesprochene Rechtswidrigkeit; denn allgemein nimmt man an, dass durch das edictum Paullianum ein neues Verbot fraudulöser Veräusserungen eingeführt worden sei.²⁾ Nach Grützmanns Ausführungen³⁾ jedoch, denen beizutreten ist, hat des Edikts nur an schon bisher verbotene Rechtswidrigkeiten unter gewissen Voraussetzungen die Haftung Dritter geknüpft: Es sagt: »quae fraudationis causa gesta erunt . . ., de his actionem dabo«⁴⁾ und »quae L. Titius fraudandi causa fecit, ea restituas«⁵⁾ d. h. es macht die Anfechtbarkeit gegen Dritte von dem fraudulösen Handeln des Kridars abhängig, sagt aber selbst nicht, was unter »fraudationis causa« zu verstehen ist. Dass überhaupt Rechtswidrigkeit vorliegen müsse, ist selbstverständlich und liegt in dem Worte selbst.⁶⁾ Es folgt, dass unter »fraudationis causa« ein Verhalten des Schuldners gemeint sein muss, welches auch schon vor Erlass des Edikts rechtswidrig war; der Massstab dafür muss das bisher rechtlich allein in Betracht kommende Verhältnis des Kridars zu seinen Gläubigern sein, d. h. der Rechtssatz, dass es Pflicht des Schuldners ist, seine Gläubiger zu bezahlen und alles zu unterlassen, was die Bezahlung unmöglich macht.

Von dieser Auffassung des Edikts aus kann unmöglich in der Bezahlung eines Gläubigers selbst, wenn auch zum

¹⁾ s. o. S. 28/9.

²⁾ Fischer, S. 18. Huschke, XIV, S. 32. Keller, § 369. Laspeyres, S. 36. Otto, S. 67. etc.

³⁾ Grützmann, S. 53, 54. Hellmann, XXVII, S. 91.

⁴⁾ L. 1 pr. D. h. t.

⁵⁾ L. 10. D. h. t.

⁶⁾ Grützmann, S. 46. s. u. S. 58.

Nachteil der anderen und in dieser Absicht geschehen, eine Rechtsverletzung gesehen werden;¹⁾ denn gerade zur Verstärkung dieser Pflicht wurde das edictum Paulianum gegeben, und was Rechtspflicht ist und bleibt, kann nicht rechtswidrig sein. Darum also sind Zahlungen unbedingt unanfechtbar.

6. So gänzlich fern hat dieser Gedanke so manchem der vorher besprochenen Schriftsteller nicht gelegen. Die Verwandtschaft mit Fischers und Ottos Ansicht,²⁾ insofern auch diese die Unanfechtbarkeit der Zahlung nicht als Ausnahme, sondern als Folge des Rechtsgedankens des Edikts erklären, ist nicht zu verkennen. Vor allem Franke³⁾ schwebte jener Gedanke selbst wohl schon vor, nur dass er durch die Verbindung mit dem schiefen Begriff des Zwanges, der Unfreiwilligkeit der Zahlung, nicht zum klaren Durchbruch kam. So scheint ferner Brinz:⁴⁾ »Zahlung ist erlaubt, da sie . . . eine richtige, von Rechtswegen gebotene Verwendung (von Zahlungsmitteln) ist« schon das Richtige gefühlt zu haben. Dernburg⁵⁾ hat den Satz schon einmal ausgesprochen: »Zahlung einer Schuld bildet eine Pflicht des Schuldners, deren Erfüllung man, selbst wenn hierdurch Interessen anderer verletzt wurden, nicht als frauduloses Handeln qualifizieren möchte«; ähnlich äussert er sich in seinem Preussischen Privatrecht:⁶⁾ »Zahlungen waren nach römischem Recht unanfechtbar, weil in denselben Erfüllung einer Pflicht lag, in der man einen dolus nicht fand. Endlich Windscheid⁷⁾ scheint im Prinzip übereinzustimmen, indem er wenigstens stets die Frage vom Standpunkte des Kridars aus be-

¹⁾ Hellmann, XXVII, S. 95. Schey, S. 135.

²⁾ s. o. S. 27 ff.

³⁾ Franke, S. 260—265. s. o. S. 27.

⁴⁾ Brinz, 2. S. 826.

⁵⁾ Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts. Leipzig 1860/4. 1. S. 197.

⁶⁾ Dernburg, P. P. R. 2., S. 340.

⁷⁾ Windscheid, § 463, A. 32, 33.

urteilt: »Nur diese eine Entäusserung der Hingabe des Leistungsgegenstandes ist ihm gestattet«. Das führt darauf, dass selbst mit der herrschenden, Vangerows Ansicht eine Berührung garnicht so fern liegt. Beide Erklärungen fassen das obligatorische Band zwischen dem Kridar und seinem Gläubiger, dem Zahlungsempfänger, als die Unanfechtbarkeit der Zahlung begründend in's Auge; nur, dass es Vangerow, statt wie wir vom Standpunkt des Schuldners, vom Standpunkt des Gläubigers aus anfasst: »er hat ein Recht auf die Zahlung«. Das, was Vangerows Ansicht¹⁾ als unrichtig erscheinen lassen musste, war der Umstand, dass ihm von seinem Standpunkt der »neugeschaffenen« Paullianischen Rechtswidrigkeit aus dies Recht auf die Zahlung notgedrungen zu einem trotz des allgemein verbiethenden Edikts verbliebenen Rechte werden musste, d. h. zu einer Ausnahme vom Edikt. Bei der Erklärung dieser Ausnahme aber geriet er in einen *circulus in demonstrando*, und musste er auch von seiner Auffassung aus in die Brüche kommen, da eben die Unanfechtbarkeit der Zahlung vielmehr eine notwendige Folge des Edikts ist.

D. Wie stellt sich nun dazu unsere Hauptfrage, ob d. i. s. anfechtbar ist oder nicht?

1. D. i. s. ist keine Zahlung; es giebt keine Klage auf d. i. s.; sie ist keine Naturalverpflichtung, sie ist überhaupt keine Rechtspflicht. Es folgt unmittelbar: D. i. s. ist so gut wie alle anderen Entäusserungen, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen der *actio Paulliana* vorliegen, anfechtbar.²⁾

2. Man hat vielfach Gewicht darauf gelegt, dass bei d. i. s. anders als bei der Zahlung der Gläubiger nicht »suum«, nicht den primär in obligatione befindlichen

¹⁾ Ähnlich: Schey, S. 135.

²⁾ Ausser den bereits Erwähnten: A. M.: Seuff. Arch. VI. 125. Im Resultat übereinstimmend: Seuff. Arch.: III. 250; IV. 276; IX. 356; XVIII. 202; XXI. 185, 186; XXII. 106; XXVII. 193, 285; XXXI. 89; XXXIII. 356; XXX. 203.

Gegenstand, sondern »aliud pro alio« erhalte, eine Unterscheidung, die sicherlich trotz des dagegen Vorgebrachten zu halten ist.¹⁾

Man hat ferner betont, dass in ihr ein neues Rechtsgeschäft liege,²⁾ was eigentlich niemand bestreitet.

Aber so richtig auch diese Unterscheidungen an sich waren, so war doch das Resultat je wegen der falschen Voraussetzung über das Princip der Unanfechtbarkeit der Zahlung nicht einleuchtend. Für uns kann diese besondere Hervorhebung dieser zwei wichtigen Eigenschaften der d. i. s. insofern fördernd wirken, als sie zur weiteren Ausführung des eigentlich selbstverständlichen Satzes dienen, dass d. i. s. eben keine Zahlung und darum keine Rechtspflicht ist.

3. Jetzt ist es vielleicht am Platze, die Heranziehung der L. ultim. D. (42, 4) durch Römer³⁾ etc. noch einmal zu berühren. Lässt man die freilich nicht unbestrittene Auslegung⁴⁾ gelten, dass diese Stelle nach Inskription und Stellung im Titel: »Quibus ex causis in possessionem eatur« die d. i. s. dem Kauf für die Anfechtung durch missio in possessionem legatorum servandorum causa gleichstellen wolle, und will man trotz des Unterschiedes, dass für die Anfechtung der Legatare der blosse dolus des Erben genügt, für die Paullianische Anfechtung aber noch Kenntniss des Empfängers nötig ist, dass hier ferner Anfechtende und Anfechtungsgegner dem Kridar gegenüber gleiche Rechtsstellung haben, dort aber die Anfechtungsgegner nicht auch Legatare sind, dennoch glauben, dass diese Punkte für die Analogie nicht in's Gewicht fallen, so müsste man doch vom Standpunkte Römers aus gegen ihn so argu-

¹⁾ Arnds, § 228. Bayer, § 24, 9. Römer, S. 149. Schönemann, S. 26., Windscheid, § 463. Seuff. Arch.: XXXI. 89. R. O. H. G. XIV. 280, 281. XV. 51. A. M.: Brinz I, S. 531. Puchta, V. § 380. Schweppe, § 63. Struckmann, S. 286.

²⁾ Dernburg, II. § 145. Otto, S. 80. Franke, S. 263. Schönemann, S. 30. Struckmann, S. 286. v. Vangerow, § 697. Seuff. Arch.; XII, 228. XXVII. 193.

³⁾ s. o. S. 8.

⁴⁾ A. M.: Fischer, S. 45. Puchta, V. § 380. Struckmann, S. 294.

mentieren: Römer beruft sich wie Vangerow für die Unanfechtbarkeit der Zahlung auf das dem Zahlungsempfänger zustehende »Recht«. Auch Römer muss dies dem Gläubiger trotz des allgemein verbiethenden Edikts verbliebene Recht als Ausnahme vom Edikt ansehen. Dann ist aber sicherlich die Analogie der Anfechtbarkeit der d. i. s. in jenem Falle noch kein zwingender Grund für ihre Anfechtbarkeit nach dem Paullianischen Edikt; denn hier könnte ja auch sie gerade eine Ausnahme sein. Ganz anders stellt sich das nach unserem Ergebnis. Hier ist die Unanfechtbarkeit der Zahlung ein Ausfluss des Princip der actio Paulliana. Dass d. i. s. hier nun für sich eine Ausnahme schaffe, ist nicht denkbar; dem Princip in der Art und Weise der Zahlung aber folgt sie nicht, da sie keine Rechtspflicht ist; und für letzteres könnte man nun überflüssigerweise L. ultim. anführen, welche auch für die Anfechtung durch die Legatäre beweise, dass d. i. s. anfechtbar, also rechtswidrig, nicht Erfüllung einer Rechtspflicht sein könne.

E. Es war bisher von einer d. i. s. für eine fällige, klagbare gleichwertige Forderung die Rede. Ist aber diese, wie gefunden wurde, anfechtbar, so müssen es erst recht alle anderen Arten von donationes i. s. sein, denen noch nicht einmal alle berechtigenden Eigenschaften jener zukommen.

1. Die Schriftsteller, die für ihre Unanfechtbarkeit bei gleichem Wertverhältnis zwischen dem Hingegebenen und der Forderung plädierten, musste die Frage, ob d. i. s. bei höherem Wert des Hingegebenen anfechtbar sei oder nicht, zu schwierigen Untersuchungen veranlassen.¹⁾ Das Gleiche war für sie nötig betreffs einer für eine noch nicht fällige, bedingte oder natürliche Forderung an Zahlungsstatt gegebenen Sache. Ihre Resultate können für uns nicht massgebend sein, da wir ihre Basis nicht billigen. Von unserem Standpunkt aus genügt, dass

¹⁾ Vgl.: Fischer, S. 50—57. Schweppe, § 63. Struckmann, S. 303 ff.

weder d. i. s. eines höherwertigen Gegenstandes für eine geringere Forderung, noch d. i. s. für eine nicht fällige, für eine bedingte oder für eine natürliche Forderung Rechtspflicht sein kann. Alle diese dationes i. s. müssen unbedingt anfechtbar sein.

2. Fraglich könnte auf den ersten Blick die Stellungnahme zu einer d. i. s. erscheinen, deren Wert geringer war, als die Forderung betrug. Aber auch hier haben die Gläubiger im Princip die Berechtigung zur Anfechtung; denn d. i. s. ist nie Rechtspflicht des Schuldners, darum principiell stets, also auch hier anfechtbar. Etwas anderes ist dagegen die Frage, ob hier ebenso regelmässig, wie bei der d. i. s. für eine gleichwertige oder geringere Forderung, thatsächlich die Erfordernisse der actio Paulliana zutreffen werden. Die beiden subjektiven Erfordernisse sind ja stets möglich; ebenso ist jede Art d. i. s. stets eine *deminutio patrimonii*, denn sie ist stets Vermögensentäusserung.¹⁾ Ob dagegen das letzte Erfordernis, der Schaden der Gläubiger, zutreffen werde, ist eine hier besonders zweifelhafte Thatfrage und hängt vor allem von der Grösse des Missverhältnisses zwischen dem Hingegebenen und der Forderung ab. Kaum denkbar ist ein Schaden der Gläubiger dann, wenn der befriedigte Gläubiger gegen eine so geringe Sache seine Forderung aufgegeben hat, dass er bei konkursmässiger Quotenbefriedigung sogar noch mehr erhalten hätte.

Dritter Abschnitt:

A. Bei Betrachtung dieser faktischen Fälle tritt eine andere Frage nahe, ob nämlich z. B. die Hingabe eines höherwertigen Gegenstandes an Zahlungsstatt nicht als lukrativer Erwerb anzusehen ist²⁾ und darum³⁾ nicht einmal alle Erfordernisse der actio Paulliana erfordert. Die Beantwortung ergäbe sich von selbst, wenn wirklich, wie

¹⁾ s. o. S. 21.

²⁾ Franke, S. 264.

³⁾ s. o. S. 3.

einige Verteidiger der Anfechtbarkeit der d. i. s. für eine fällige klagbare gleichwertige Schuld behaupten,¹⁾ schon diese als lukrativer Erwerb die Kenntnis des Zahlungsempfängers nicht erst erforderte. Windscheid sagt: »Der Gläubiger erhält nicht den ihm gebührenden Leistungsgegenstand, sondern einen Vorzug vor den übrigen Gläubigern, darin liegt sein Gewinn«. Die Berechtigung dieser Ansicht ist daher zuerst zu prüfen.

I. 1. Kenntnis des Empfängers ist nicht erforderlich bei »lukrativem Erwerb«. Klarheit über diesen Begriff im Sinne der Anfechtung ist unbedingt notwendig, bevor man sein Verhältnis zur d. i. s. untersuchen kann. Die Hauptquellenstelle ist L. 6. § 11. D. h. t.: *simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudulentur creditores; nec videtur iniuria affici is, qui ignoravit, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.* Je nachdem man von den darin vorkommenden Worten »donatum«, »lucrum«, »liberalitas« mehr Gewicht auf »lucrum« oder auf »donatum« und »liberalitas« gelegt hat, haben sich zwei principiell verschiedene Grundansichten gebildet.

a) Nach der ersten²⁾ haftet jeder durch jede fraudulose Veräußerung, also auch durch eine zwar entgeltliche, aber vorteilhafte d. i. s. Bereicherte (lucrum) ohne *conscientia fraudis* auf die Bereicherung. Schenkung sagt diese Ansicht, dem Sinne nach gestützt auf: »cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur«;³⁾ ist nur deshalb in erleichterter Weise anfechtbar, weil es Unrecht

¹⁾ Die Gratifikationstheorie. Windscheid, § 463, A. 33 a. Ähnlich: Reinhart, S. 125. Weber, S. 80/1.

²⁾ Arnds, § 228. Fischer, S. 9 (71/2). Grützmann, S. 66. Reinhart, S. 135. Windscheid, § 463, N. 4 b. Seuff. Arch. XVI. 273.

³⁾ L. 6. § 11. D. h. t. Franke, XVI. 127. Hasenbalg, S. 77. Seuff. Arch. IV. 477.

ist, dass der Gewinn auf der einen Seite, einen Schaden auf der anderen verursache;¹⁾ derselbe Grund aber passt auch auf die Bereicherung aus einem entgeltlichen vorteilhaften Geschäfte.

Diese Analogie ist konsequent, aber ihr widerspricht einmal, dass der von ihr als allgemeingiltig angesehene Grundsatz in L. 6. § 10 D. h. t. ausdrücklich für einen besonderen Fall aufgestellt und mit besonderen, auf diesen Fall bezüglichen Gründen gerechtfertigt wird; sodann L. 25. pr. D. h. t. und vor allem L. 5. C. h. t.: *qui ex lucrativo titulo possidet*. Blosser Gewinn aus entgeltlichen Geschäften kann darum nicht gemeint sein.

b) Richtiger muss es also sein, das Hauptgewicht auf »donatum« und »liberalitas« zu legen, so dass nur unentgeltliche Geschäfte ohne *conscientia fraudis* anfechtbar sind. Eine andere Meinung²⁾ will demnach nur Schenkung im eigentlichen Sinn (*donatum*) für ohne *conscientia fraudis* anfechtbar halten. Otto stützt sich besonders darauf, dass die in L. 25 pr. — § 2. D. h. t. erwähnten unentgeltlichen Zuwendungen, Schulderlass dem Bürgen Dosbestellung dem Manne gegenüber, die nicht eine eigentliche Schenkung darstellten, *conscientia fraudis* verlangten.

L. 10. § 14. D. h. t. verlangt aber für die Anfechtung einer solchen Dosbestellung keineswegs *conscientia fraudis*! Auch sieht sich Otto genötigt, zwei seiner Regel nicht entsprechende Fälle anzuerkennen:³⁾ Erlass eines Pfandrechts und Legierung von Vermögensgegenständen sind, obwohl keine Schenkungen, auch ohne *conscientia fraudis* anfechtbar!⁴⁾

c) »Schenkungen« scheint darum wieder zu eng gefasst, und das Richtige muss sein, dass aller Erwerb »ex

¹⁾ v. Mandry, S. 464, A. 10.

²⁾ Dernburg, II. § 106. Franke, S. 127/8. Hasenbalg, S. 81, 87. Meischeider, S. 62. Otto, S. 123—125.

³⁾ L. 2. 18. D. h. t. L. 6. § 13. D. h. t.

⁴⁾ Dernburg. II. § 106. Ähnl.: Huschke, XIV. S. 36, N. 2.

lucrativo titulo«, jeder unentgeltliche Gewinn aus einem unentgeltlichen Geschäft, der conscientia fraudis entbehren kann.¹⁾

Aber Schulderrass dem Bürgen und Dosbestellung dem Manne gegenüber, sicherlich auch Zuwendungen ohne Entgelt, verlangten doch, wie oben bemerkt, mit allen gegen eine Quellenstelle conscientia fraudis! Allerdings, wenn es an einer Erklärung dieser Fälle ermangelt, müssen wir auch diese dritte und letzte in Frage kommende Erklärung der lukrativen Zuwendung für unbefriedigend erklären. Damit kämen wir zum zweitenmale über innere Widersprüche in den Quellen nicht hinaus; denn schon oben²⁾ hatten wir die auf dem Satze: »cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur« fussende Erklärung für die erleichterte Anfechtbarkeit einer lukrativen Zuwendung als in ihren Konsequenzen den Quellen widersprechend bezeichnen müssen. Hier liegt der Gedanke nahe, dass beides mit einander in Beziehung stehen, und diese Beziehung, wenn richtig erkannt, beides aufklären müsse.

2. Die Erklärung, warum zuweilen conscientia fraudis fehlen kann, widerspricht in ihren Konsequenzen den Quellen. Sie muss darum verfehlt sein. Wie ist jenes Fehlen dann zu erklären? Als gewöhnliches Erfordernis der Anfechtbarkeit aufgestellt worden ist conscientia fraudis, damit der Erwerber vor einer unvermuteten Herausgabe seines Erwerbs bewahrt werden soll.³⁾ Hat der Erwerber aber auch seinen Erwerb unvermutet gemacht, so soll er sich nicht beklagen dürfen, weil er das noch Vorhandene ebenso unvermutet wieder verliert.⁴⁾

¹⁾ Dernburg, II. § 106. L. 6. § 11, 13. D. h. t. L. 5. C. (7, 75). Arnds, § 228. Cosack, S. 136. Grützmann, S. 65—69. Otto, S. 124. Ähnl.: Huschke, XIV. S. 36/7.

²⁾ s. o. S. 38.

³⁾ s. o. S. 23.

⁴⁾ Grützmann, S. 67. Hellmann, XXVII. 96.

In diesem Gedanken ist das Motiv für die erleichterte Anfechtung lukrativer Zuwendungen zu sehen. Er widerspricht nicht den Quellen, er erklärt sie: Für den Bürgen ist Befreiung von seiner Schuld, für den Ehemann Bestellung einer *dos* nichts Unvermutetes, sondern das, was jeder für die Regel erwarten musste; darum erfordern sie *conscientia fraudis*.

Damit sind zunächst die Ausnahmen¹⁾ des gefundenen Resultats erklärt, und somit es selbst gerechtfertigt, dass Kenntnis des Erwerbers nicht nötig ist bei allem Erwerb »*ex titulo lucrativo*«. Es folgt aus jenen besonders gearteten Quellenstellen aber unmittelbar ein Weiteres für die juristische Konstruktion dieses Erwerbs, dass nämlich die Frage, ob ein Geschäft als »*ex lucrativo titulo*« erfolgt anzusehen ist, lediglich vom Standpunkt des Erwerbers aus zu beurteilen ist.²⁾

3. Diese eingehende Untersuchung wird für die Frage nach den Erfordernissen der Anfechtbarkeit der *d. i. s.* nicht unfruchtbar sein. Zunächst die vorgestellte *d. i. s.* für eine fällige klagbare gleichwertige Schuld kann niemals als lukratives Geschäft ohne *conscientia fraudis* anfechtbar sein.³⁾ Mag auch thatsächlich die Forderung wegen der übergrossen Überschuldung des Kridars objektiv garnichts wert sein, dem Gläubiger kann sie unmöglich als Zuwendung auf lukrativem Titel erscheinen; denn von seinem Standpunkt aus — Unkenntnis desselben ist ja die Voraussetzung — giebt er dafür stets sein Forderungsrecht auf; das liegt im Begriff der *d. i. s.*

II. Noch andere Fälle giebt es, in denen eine Veräusserung ohne *conscientia fraudis* anfechtbar ist, nämlich wenn der Empfänger z. Z. des Erwerbs Pupill war, wenn

¹⁾ s. o. S. 39.

²⁾ Cosack, S. 135, 138. Grützmann, S. 63.

³⁾ Franke, S. 265. Grützmann, S. 68. Hullmann, S. 133. Laspeyres, S. 71. Otto, S. 126. Schey, S. 146. Unger, XV. S. 540. v. Vangerow, § 697. Seuff. Arch. XXX. 356. A. M.: Windscheid, § 463, A. 33 a. Ähnl.: Reinhart, S. 125. Weber, S. 80/1. Seuff. Arch. IV. 276.

der Erwerb durch einen gesetzlichen Stellvertreter geschah, der seinerseits *conscientia fraudis* hatte, endlich wenn der benachteiligte Gläubiger der Fiskus ist. Die Berechtigung der beiden letzten Fälle zum Anfechtungsrecht gezogen zu werden, resp. ihre etwaige Umbildung im gemeinen Recht ist sehr bestritten und sehr fraglich.¹⁾ Eine Stellungnahme dazu ist für unsere Frage unnötig. Wieviel von diesen Fällen gelten, soviel müssen auch, da es positivrechtliche Erleichterungen der Anfechtung sind, auf die d. i. s. Anwendung finden. Soweit sie vorliegen, ist auch d. i. s. ohne *conscientia fraudis* anfechtbar.

B. I. Für diese positivrechtlichen Erleichterungen erübrigt sich eine Untersuchung des Falls, wo ein Gegenstand von höherem Wert an Zahlungsstatt gegeben worden ist; sie sind selbstverständlich ebenfalls ohne *conscientia fraudis* anfechtbar.

II. Schwieriger gestaltet sich die Frage, ob nicht wenigstens für den Fall der Hingabe einer höherwertigen Sache d. i. s. als »lukrative Zuwendung« ohne *conscientia fraudis* anfechtbar sei.²⁾³⁾ Oben⁴⁾ war dargethan worden, dass die Beurteilung, ob ein Geschäft als »ex lucrativo titulo« anzusehen sei, vom Standpunkt des Erwerbers aus zu geschehen habe. Daraus ergibt sich, dass für vorliegenden Fall zu unterscheiden ist, ob der Erwerber den Überschuss der d. i. s. nicht kannte, und ob er ihn kannte; davon auseinanderzuhalten ist natürlich die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners, die *conscientia fraudis*, deren Fehlen ja für die jetzige Untersuchung vorausgesetzt ist.

¹⁾ Vgl.: Fischer, S. 90/1. Göschen, II. 2. § 631. Grützmann, S. 65. Huschke, XIV. S. 37/8. Keller, § 370. Mankiewicz, S. 43. Meischer, S. 106/7. Otto, S. 110, 126, 205. Puchta, V. § 380. Reinhart, S. 99. Schönemann, S. 16, 38. Sintenis, II. § 124, A. 33, 42. Unterholzner, II. S. 96. Windscheid, § 463. Zürcher, S. 26, 38.

²⁾ Franke, S. 264.

³⁾ s. o. S. 4.

⁴⁾ s. o. S. 40.

1. Kannte der Erwerber den grösseren Wert des Erhaltenen nicht, so hat er auch seines Erachtens nur das seiner Forderung Entsprechende erhalten; an eine unentgeltliche Zuwendung kann er nicht denken. D. i. s. ist dann also, ohne dass die *conscientia fraudis* noch hinzukäme, nicht anfechtbar.¹⁾

2. Wenn der Empfänger dagegen den Überschuss kannte, so ist weiter zu unterscheiden je nach der Auffassung, die er bei diesem Geschäft gehabt hat:

a) Sieht er nichts darin als eine vorteilhafte d. i. s., so ist sie, selbst wenn der Kridar die Absicht einer Liberalität hatte, ohne *conscientia fraudis* nicht anfechtbar; denn der Empfänger fasst dann nur das ganze Geschäft ins Auge, und dies muss ihm entgeltlich erscheinen, da er sein Forderungsrecht dafür aufgibt.

b) Sieht aber der Empfänger in dem seine Forderung übersteigenden Überschuss einen unentgeltlichen Erwerb, so ist das nach dessen Begriff nur in der Weise denkbar, dass er sich das Geschäft in die eigentliche d. i. s. und in diesen unentgeltlichen Erwerb zerlegt vorstellt. Dieser muss ihm dann als unerwartet zugekommen erscheinen, d. h. dann steht seinen benachteiligten Mitgläubigern soweit auch ohne seine *conscientia fraudis* die *actio Paulliana* zu.

Wie sich die Anfechtung dann thatsächlich zu gestalten hat, ist hier nicht zu untersuchen.²⁾

C. 1. Geschieht die d. i. s. für eine nicht fällige, bedingte oder natürliche Forderung, so kann der Gläubiger diesen Erwerb nicht als »*ex lucrativo titulo*« ansehen; denn er giebt auch hier sein Recht auf. Also ist auch eine solche d. i. s. nicht ohne *conscientia fraudis* anfechtbar.

2. Ohne *conscientia fraudis* anfechtbar sind dagegen auch diese Fälle, wenn sie unter die positivrechtlichen Erleichterungen fallen.

¹⁾ Grützmann, S. 69.

²⁾ vgl. o. S. 2.

III. Teil: D. i. s. für eine Schuld des Anfechtungsgegners.

Erster Abschnitt:

A. Eine d. i. s. ist auch für eine Schuld des Anfechtungsgegners, also an den Kridar möglich.¹⁾ Auch über die Anfechtbarkeit einer solchen fehlt es gänzlich an Quellenstellen. Ja es ist sogar zweifelhaft, ob es eine über die Anfechtbarkeit einer Zahlung an den Kridar handelnde giebt. Klarheit über die Anfechtbarkeit einer solchen Zahlung wird aber wieder förderlich und nötig sein.

B. 1. Nach der einen Ansicht ist L. 6 § 6. D. h. t. als Zahlung an den Kridar zu deuten.²⁾ Die andere Ansicht behauptet mit ebenfalls guten Gründen das Gegenteil.³⁾ Es ist darum besser, sich nicht auf diese zweifelhafte Stelle zu stützen, zumal auch ohne sie zum selben Ziel zu gelangen ist.

Wie bei Zahlung des Kridars, so können auch bei Zahlung an ihn principiell alle Voraussetzungen der actio Paulliana zutreffen. Eine Vermögensentäußerung von Seiten des Kridars liegt sicher in der Aufgabe seines Forderungsrechtes, eines ökonomisch sehr wichtigen Wertes;⁴⁾ dass dabei ein gleichwertiges Objekt, die Zahlung, an die Stelle trat, kommt für das Erfordernis der Vermögensentäußerung nicht in Betracht.⁵⁾ Es kann auch Verkürzung der Gläubiger beabsichtigt sein und thatsächlich eintreten: Das gezahlte Geld kann der Kridar zum Nachteil seiner Gläubiger verschleudern, während ihnen die Forderung, wenn sie bestehen geblieben wäre, ein bequemes Befriedigungsobjekt geboten hätte. Ist also die

¹⁾ s. o. S. 7.

²⁾ Fischer, S. 10. Grützmann, S. 48, 64. Huschke, XIV. S. 31/2. Laspeyres, S. 58. Struckmann, S. 283. v. Vangerow, § 697. Windscheid, § 463, A. 31. Zürcher, S. 21.

³⁾ Franke, S. 260—265. Meischeider, S. 68. Otto, S. 58. Schey, S. 134, A. 32.

⁴⁾ Otto, S. 47, 58.

⁵⁾ s. o. S. 21.

Zahlung an den Kridar, genauer ist die Aufgabe seines Forderungsrechtes anfechtbar?

Abgesehen von den Schriftstellern, welche die Frage durch ihre Auslegung von L. 6. § 6. cit. erledigt glauben, haben sich nur wenige mit dieser Frage beschäftigt. Otto und Korn kommen zu ihrer Unanfechtbarkeit. Aber beide können für uns nicht massgebend sein.

2. Otto¹⁾ sieht in der an die Annahme der Zahlung geknüpften Aufgabe des Forderungsrechts des Kridars eine Leistung des »fällig Geschuldeten« von dessen Seite und verweist auf seine Ausführung darüber. Dass dieser nicht beizustimmen ist, wurde oben²⁾ auseinandergesetzt.

3. Korn³⁾ hält sie für unanfechtbar, weil das Gesetz dem zahlenden Schuldner ein Verteidigungsmittel in Bezug auf die nachherige Anfechtung versage, er bei der Zahlung nur »einer Zwangspflicht« dem Kridar gegenüber nachgekommen sei. Wie nahe diese Meinung einigen anderen nicht zu billigenden Ansichten kommt,⁴⁾ ist nicht nötig zu untersuchen; die Quellen widersprechen ihr: L. 43. § 7 D. de aed. ed. (21, 1) erklärt den Verkäufer, dem seitens des Schuldners redhibiert worden ist, für haftbar, obwohl er zu dem anfechtbaren Geschäft auch verpflichtet ist. Das Resultat Ottos und Korns ist jedoch für richtig zu halten.

4. Oben⁵⁾ hatten wir uns dafür entschieden, als den leitenden Rechtsgedanken des Paullianischen Edikts den anzusehen, dass es an schon bisher verbotene Rechtswidrigkeiten unter gewissen Voraussetzungen die Haftung Dritter geknüpft habe. Das Aufgeben des Forderungsrechtes gegen Zahlung ist aber keinesfalls rechtswidrig. Denn der Schuldner — im Falle der Anfechtbarkeit hier der Anfechtungsgegner — hat ein Recht auf Zahlung an

¹⁾ Otto, S. 60.

²⁾ s. o. S. 27, 30.

³⁾ Korn, S. 118, 119—121.

⁴⁾ vgl. o. S. 25/6.

⁵⁾ s. o. S. 31.

seinen Gläubiger — hier den Gemeinschuldner —.¹⁾ Die Annahme der Zahlung resp. die Aufgabe des Forderungsrechts ist eine Rechtspflicht des Gläubigers. Sie kann also unmöglich anfechtbar sein; denn wieder ist zu erinnern: Was Rechtspflicht war und blieb, kann nicht rechtswidrig sein.

C. Wenn Zahlung an den Kridar nun nicht anfechtbar ist, sollte man da nicht auch d. i. s. unanfechtbar lassen? Sie scheint ja sogar noch ungefährlicher als Zahlung; sie bringt für den Regelfall gerade statt der Geldzahlung Sachgegenstände in die Hände des Kridars;²⁾ und diese beiseite zu bringen oder zu verschleudern, muss ihm doch beschwerlicher sein! Aber trotzdem muss man sich für ihre Anfechtbarkeit entscheiden. Eine d. i. s. ist keine Zahlung. Sie anzunehmen ist freier Wille, aber nicht Pflicht des Gläubigers. Auf sie kann der Rechtsgedanke des Edikts nicht in der Weise ausnehmend wirken wie auf die Zahlung. Sie unterfällt also der Regel: *Haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum, sive ergo rem alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit, idem erit probandum.*³⁾ Auch d. i. s. an den Kridar, resp. die Aufgabe seines Forderungsrechts, ist darum anfechtbar.

Wenn auch der Kridar die meist statt Geldes erhaltenen Sachgegenstände⁴⁾ nicht so leicht als dieses selbst wird zum Schaden seiner Gläubiger verwenden können, so entspricht die Anfechtbarkeit der d. i. s. doch thatsächlich auch der Billigkeit; ja gerade dann kommt man am leichtesten zu diesem Resultate, wenn man diesen Regelfall der d. i. s., die Hingabe von Sachen, ins Auge fasst.

¹⁾ L. 14. D. de R. J. I. (50, 17). L. 41, § 1. D. (45, 1). L. 70. D. (46, 3). L. 15. D. (33, 1). Dernburg, II. § 34. A. 10. Puchta, P. § 241. Ähnl.: Otto, S. 59, 60.

²⁾ s. o. S. 6.

³⁾ L. 1. § 2. 2. D. h. t.

⁴⁾ s. o. S. 6.

Denn auch für die Gläubiger gilt es, dass sie im Konkurs gewöhnlich die Sachen schwerer und nur mit mehr Nebenkosten und Schaden, weil oft unter dem wahren Wert losgeschlagen, verwerten können als ein Forderungsrecht; und vor allem, wer steht dafür, dass der Kridar die erhaltenen Sachen nicht beiseite schafft, und wenn nicht, dafür, dass die an Zahlungsstatt angenommenen Sachen von vornherein gleichwertig sind!¹⁾ Ist doch der Kridar an und für sich als Gläubiger berechtigt, sich durch Annahme auch minderwertiger Gegenstände für befriedigt zu erklären.

Zweiter Abschnitt:

A. Dieser Fall bringt wieder die Frage nahe, ob nicht für sein Vorliegen ein unentgeltlicher Erwerb »ex lucrativo titulo« anzunehmen, also die d. i. s. schon ohne Kenntnis des hingebenden Schuldners von der Benachteiligungsabsicht des Kridars anfechtbar sei. Wir können uns auf die oben²⁾ betreffs der d. i. s. des Kridars geführte Untersuchung berufen und kurz entscheiden:

1. Hat der hingebende Schuldner, der spätere Anfechtungsgegner, den geringeren Wert des Hingegebenen, resp. den Mehrbetrag der Forderung nicht gekannt, so muss das Geschäft ihm als ein entgeltliches erscheinen; es ist ohne *conscientia fraudis* nicht anfechtbar.

2. Kennt er den Überschuss der Forderung, aber denkt er nur an ein Geschäft, eine vorteilhafte d. i. s., so gilt dasselbe.

3. Dann aber kann *conscientia fraudis* fehlen, wenn er in dem Überschuss der Forderung einen unentgeltlichen Gewinn durch Schuldverlass sieht, also zwei Geschäfte vor Augen hat, deren eines »ex lucrativo titulo« ist.

B. Andererseits ist auch für diese Art der d. i. s. selbst bei gleichem Wertverhältnis zwischen Forderung und Hingegebenem *conscientia fraudis* dann zur Anfechtbarkeit

¹⁾ vgl. u. S. 68.

²⁾ s. o. S. 36 ff., insbes. 41 ff.

nicht nötig, wenn eine der oben¹⁾ angeführten positivrechtlichen Fälle der Erleichterung der Anfechtbarkeit vorliegt.

Rückblick: Das gewonnene Resultat.

So ist denn betreffs der Anfechtbarkeit der d. i. s. mittels der actio Paulliana das Resultat folgendes:

Stets ist d. i. s. anfechtbar, gleich ob für eine Schuld des Kridars oder eine Schuld des Anfechtungsgegners geschehen. Als unentgeltlicher Erwerb ohne conscientia fraudis anfechtbar sind beide Arten bei gleichem Wert des Hingegebenen und der Forderung niemals; bei ungleichem Wert nur soweit, als der Anfechtungsgegner in dem Geschäft ein negotium mixtum sieht. Stets ohne conscientia fraudis anfechtbar sind beide beim Vorliegen eines Falles einer positivrechtlichen Erleichterung der Anfechtbarkeit.

II. Hauptteil:

Die Anfechtbarkeit der d. i. s. nach deutschem Reichsrecht.

I. Teil: Allgemeines.

1. Die actio Paulliana ist nicht mehr geltendes Recht; sie ist durch deutsches Reichsrecht ersetzt worden.²⁾

Es ist eine eigenartige Erscheinung in der Rechtsgeschichte und eine seltsame Verkettung der Umstände, dass, obwohl man mit Schaffung des neuen Rechts die alten Streitfragen, besonders in betreff der Anfechtbarkeit der Zahlung, endlich einmal zum Schweigen bringen wollte, trotzdem und trotz der neuen Fassung die Sache nicht gebessert worden ist, vielmehr der alte Streit, wie sich zeigen wird, fortlebt. Noch merkwürdiger wird diese Erscheinung dadurch, dass die österreichische Reichsgesetzgebung, die mit der gleichen Absicht an die Neuregelung des Anfechtungsrechts herantrat, keinen besseren

¹⁾ s. o. S. 40/1.

²⁾ Windscheid, § 462a. R. G. E. XXVIII. 139; XVII. 317, 318.

Erfolg aufzuweisen hat, sondern ebenfalls wieder trotz der Neuregelung mit der gleichen Kalamität zu kämpfen hat.¹⁾

Bei der *actio Pauliana* brauchten in gewissen Fällen nicht alle Voraussetzungen erfüllt zu sein. Es bestand also dort nicht bloss eine einzige Art des Anfechtungsanspruches, aber trotzdem kann man sagen, ein einheitlicher. Ganz anders steht es im Reichsrecht. Die mehreren Anfechtungsansprüche, die hier vorhanden sind, zeigen thatsächlich und juristisch die wesentlichsten Verschiedenheiten, so dass eine gesonderte Behandlung eines jeden unter ihnen unerlässlich ist.

Was über die allgemeinen Begriffe der Anfechtung und der d. i. s. im gemeinen Recht gesagt ist,²⁾ gilt auch hier.

2. Speciell handeln reichsrechtlich von der Anfechtung die Reichskonkursordnung vom 10. II. 1877 und das Anfechtungsgesetz vom 21. VII. 1879. Letzteres hat die in den betreffenden Paragraphen der Konkursordnung zu Tage tretenden Principien übernommen, einzelne Sätze sogar unverändert wiederholt und nur insoweit selbstständige Bestimmungen getroffen, als sie die Nichtexistenz eines Konkurses nötig macht.³⁾ Es ergibt sich, dass für die wörtlich wiederholten Sätze — und das sind gerade die hier in Frage kommenden — fast lediglich ein formeller Unterschied besteht, jedenfalls aber für die materiellrechtliche Untersuchung der Anfechtbarkeit der d. i. s. eine vom konkursmässigen Verfahren abweichende Behandlung nicht denkbar ist, und also beide Gesetze nebeneinander zu behandeln sind. Wenn es sich im Folgenden nicht wird umgehen lassen, für den fraudulosen

¹⁾ Krasnopolski, S. 26 ff.

²⁾ s. o. S. 4 u. 5.

³⁾ Cosack, S. 35, 112, 119, 134, 154. Fischer, P. P. R., S. 784, A. 5. Förster-Eccius, S. 777. Grützmann, Vorwort. Hartmann, S. 3, 5. Jäckel, S. 1, 2, v. Mandry, S. 460. Otto, S. 220, 227. Willenbücher, S. 273. v. Wilmowsky, S. 536, 445. R. G. E. bei Gruchot (Rass. and Künz.): XXVII. S. 162. R. G. E. IX. 75, XVII. 317, XXIII, 11.

Schuldner und seine Gläubiger die prägnanteren, unzweideutigen Ausdrücke »Kridar« und »Konkursgläubiger« zu gebrauchen, so ist dabei nicht zu vergessen, dass damit auch der Fall der Anfechtung ausserhalb des Konkurses gemeint ist.

3. Wie im gemeinen Recht¹⁾ kommt nicht in Betracht eine nach Konkurseröffnung erfolgte, sowie eine zwar vor Konkurseröffnung, aber für eine selbst anfechtbare Forderung erfolgte d. i. s.

Ebenso ist wieder zu behandeln eine d. i. s. des Kridars und eine d. i. s. des Anfechtungsgegners an den Kridar.²⁾

II. Teil: § 24, 1 C. O. und § 3, 1 A. G.

Erster Abschnitt:

A. 1. Das Reichsrecht bestimmt in § 24, 1 C. O. und § 3, 1 A. G. gleichlautend:

Anfechtbar sind Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat.

Diese Bestimmung ist fast eine Übersetzung der gemeinrechtlichen L. 1 pr. D. (42, 8), ihre Fortentwicklung aus der actio Paulliana ist unverkennbar.³⁾ Damit ist ihre Eigenart gekennzeichnet.

2. In diesen Paragraphen ist ausdrücklich weder über Zahlung noch d. i. s. etwas bestimmt. Eine bevorzugte Stellung der Zahlung scheint demnach nicht mehr wie im gemeinen Recht zu bestehen. Aber trotzdem wird die Untersuchung nicht möglich sein ohne ein Eingehen auf die Anfechtbarkeit der Zahlung. Einmal nämlich gilt, wie sich zeigen wird, der entscheidende Gesichtspunkt nicht

¹⁾ s. o. S. 7. 6.

²⁾ s. o. S. 7.

³⁾ Cosack, S. 112. Dernburg, P. P. R. II. S. 339. Fischer, P. P. R. S. 768. Hartmann, S. 38. Grützmann, S. 99. Korn, S. 63.

nur für d. i. s., sondern für jeden Befriedigungsakt, also auch die Zahlung; als Ausgangspunkt wird sich aber die Zahlung am besten eignen.¹⁾ Sodann ist auch die Zahlung eben als hauptsächlichster Repräsentant am häufigsten behandelt worden, d. i. s. dagegen oft nicht ausdrücklich berührt, so dass manche Untersuchung, wollte man von der Zahlung absehen, für uns verloren ginge; auch der Vollständigkeit wegen ist darum von der Zahlung auszugehen.

B. Was zunächst Zahlung und d. i. s. für eine Schuld des Kridars betrifft, so haben seit Erscheinen der Reichsgesetze sich gleichsam mehrere Stadien der Auffassung ihrer Anfechtbarkeit in Litteratur und Judikatur gezeigt.

I. Im Hinblick auf den Gegensatz der »Ausnahmestellung« der Zahlung im gemeinen Recht und ihre Nichterwähnung vom Reichsrecht glaubte man anfangs, zumal gestützt auf die Motive, ganz selbstverständlich seien Zahlung und erst recht d. i. s. vom Reichsrecht inbegriffene Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, mithin bei Benachteiligungsabsicht desselben und Kenntniss des anderen Teils davon anfechtbar.²⁾ Die von allen meist wörtlich angenommenen Äusserungen der Motive sind:³⁾

... Der Schuldner, welcher einem Gläubiger nur dasjenige leistet, wozu er dem Gegenstande und der Zeit nach von Rechtswegen verpflichtet ist, begeht eine Rechtsverletzung gegen die übrigen Gläubiger nicht schon darum, weil er die Leistung mit Rücksicht auf seine schlechte Vermögenslage und zur Begünstigung des Empfängers vornimmt. Noch weniger macht sich der Gläubiger, welcher nicht mehr empfängt, als worauf er ein Zwangsrecht hat, einer Rechtsverletzung oder Teilnahme an solcher schuldig, auch wenn er weiss,

¹⁾ Cosack, S. 80, 83, 114. Hartmann, S. 40. Jäckel, S. 72.

²⁾ Hartmann, S. 40, 42. Hullmann, S. 146. Korn, S. 109, 110. Kranichfeld, S. 23. Otto, S. 70. v. Völderndorf, S. 288, 296. Wengler, S. 217. v. Wilmowski, 2., S. 148, 166. Seuff. Arch. N. F. VIII. 314.

³⁾ vgl. Korn a. a. O.

dass infolge seiner Befriedigung die übrigen Gläubiger eine Einbusse erleiden müssen. Man kann ihm nicht zumuten, auf die Ausübung seines wohlbegründeten Rechts zu verzichten und grossmütig sich einem Verluste zu unterwerfen, damit nicht andere einen grösseren Verlust erleiden möchten. *Sibi vigilavit*. Den wachsamsten Gläubigern darf der Lohn ihrer Sorgfalt nicht entrissen werden.

. . . Bei geschuldeten Leistungen wird allerdings der Regel nach der Satz gelten: *nullam videri fraudem facere, qui suum recipit*, sie können aber von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Übereinkunft begleitet und deshalb anfechtbar sein. . . .

Über die Motive hinaus ging man nicht, und vor allem — das war die schwache Seite — liess man sich nicht genauer über die Thatfrage aus, worin denn der Betrug, »die fraudulöse Übereinkunft«, bestehen solle, d. h. worauf die Absicht des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers gerichtet sein müsse.

Andrerseits war aber nicht möglich, dabei zu bleiben, die Absicht müsse nur auf Benachteiligung der Gläubiger gehen. Denn benachteiligt werden die Gläubiger durch jede Zahlung. Jede Zahlung müsste also, wenn Schuldner und Gläubiger den Erfolg sicher vorausgesehen d. i. beabsichtigt haben,¹⁾ anfechtbar sein,²⁾ — nur um dem Anfechtenden nun mit Hilfe des Richters zu dem nämlichen Erfolge zu verhelfen. Diese Konsequenzen waren nicht zu billigen.

II. 1. Indem man so nicht weiterkam, begann man sich ganz von den Motiven zu emanzipieren. Die Folge war, dass die meisten der gemeinrechtlichen Theorien wieder auflebten, mit ihnen die des preussischen Obertribunals, und so begann ein neues Stadium in der Be-

¹⁾ s. u. S. 53.

²⁾ R. G. E. XI. 175; XX. 181; XXIII. 16.

handlung, die zu dem Resultate kam, dass Zahlungen, nach manchen auch d. i. s., doch nicht vom Reichsrecht ergriffen werden könnten, also unanfechtbar seien. Eine Auslegung des Gesetzes gegen die Motive ist von vornherein freilich nicht zu verwerfen; zu billigen ist sie natürlich aber nur, wenn die Gegengründe tadellos sind. Das ist zu untersuchen. Vorauszuschicken ist noch, dass anders, als im gemeinen Recht, hier, wo positiv keine Ausnahme vom Gesetze gegeben ist, nur solche Theorieen möglich waren, die der Zahlung eine der gesetzlichen Voraussetzungen absprachen.

2. Die im gemeinen Recht herrschende Theorie, Zahlung sei unanfechtbar, denn es sei dem Gläubiger nicht zu verargen, eine Leistung anzunehmen, auf die er ein Recht habe, konnte sich sogar zum Teil auf die Motive berufen: »Sibi vigilavit«. ¹⁾ Auch haftet ihr hier nicht der Fehler der *petitio principii* an, da Zahlung nicht direkt ausgeschlossen ist. Aber dennoch ist sie unhaltbar.

Einmal verstösst sie geradeso wie im gemeinen Recht ²⁾ gegen den juristischen Grundsatz: *lex specialis derogat legi generali*, den zu erklären oder abzuweisen sie nicht ausreicht. Sodann lässt das Gesetz selbst ja im § 23 C. O. die Anfechtung der Zahlung ausdrücklich zu, obwohl auch dort dem Gläubiger die Ablehnung ebensowenig zuzumuten ist; unmöglich kann daher für § 24 C. O., und damit auch nicht für § 3 A. G., jene Rücksichtnahme des Gesetzes auf die Situation des Gläubigers als selbstverständlich untergelegt werden.

Diese Theorie hätte wie im gemeinen Recht naturgemäss zur Anfechtbarkeit der d. i. s. kommen müssen; ihr Resultat kann für uns nicht massgebend sein.

3. Im Anschluss an das Obertribunal suchte man daher die Unanfechtbarkeit der Zahlung und d. i. s. dadurch zu begründen, dass man die Möglichkeit des sub-

¹⁾ Cosack, S. 81. Eck, XXIX. 302. Jäckel, S. 73. Seuff. Arch. : N. F. VII. 216; VIII. 314. R. G. E. VI. 45.

²⁾ s. o. S. 23.

jektiven Erfordernisses auf Seite des Schuldners verneinte, die Möglichkeit der Benachteiligungsabsicht.¹⁾ Befriedigung eines insolventen Schuldners verfolge eben als solche nur die Absicht, einen einzelnen Gläubiger zu befriedigen, und gerade aus diesem Grunde sei die Absicht, die anderen Gläubiger zu benachteiligen, ausgeschlossen.

Versteht man mit dem Obertribunal unter Absicht Zweck, so ist schon nicht einleuchtend, warum gerade die Benachteiligung bei Befriedigung nie Zweck sein soll.²⁾ Nun braucht weiter die Benachteiligungsabsicht gar nicht Zweck zu sein, was die unbedingt herrschende Meinung annimmt.³⁾ Es kann also neben dem Zweck der Befriedigung eines Gläubigers wohl die Benachteiligungsabsicht den anderen gegenüber vorliegen. Endlich müsste diese Auffassung des Obertribunals ebensogut auf Schenkungen und andere Geschäfte Anwendung finden, wenn der Schuldner damit nur den Empfänger zu bereichern bezweckt. Dann wäre aber das moderne Anfechtungsrecht noch einschränkender als das römische.⁴⁾ Auch die Theorie des Obertribunals ist nicht zu billigen.

4. Korn⁵⁾ scheint zwei Gründe für die Unanfechtbarkeit der Zahlung anzuführen.

a) Einmal »weicht Text und Struktur der Reichsgesetze in dieser Beziehung nicht von den früheren preussischen Anfechtungsgesetzen ab; es ist also aus

¹⁾ Cosack, S. 81. Jäckel, 1. Aufl. S. 55 ff. Korn, S. 109. Striethorst: XXVII. 364; XXVIII. 196; XXXIV. 238; XLIX. 161; LXVI. 92; LXXIV. 110; LXXVI. 132. R. G. E. VI. 45; IX. 102.

²⁾ Jäckel, 2. Aufl., S. 75 in fine. R. O. H. G. XV. 52. R. G. E. XI. 175.

³⁾ Cosack, S. 77, 81. Dernburg, P. P. R. II. S. 340. Grützmann, S. 121—126. Hartmann, S. 39. Jäckel, S. 87, 1, aber auch 75 i. f. Kohler, S. 213. Korn, S. 65, 67. Otto, S. 108. Willenbücher, S. 54. v. Wilmsky, 2. S. 115. v. Wilmsky, S. 140/2. v. Völderndorf, S. 291. Seuff. Arch.: IX. 356; XII. 227; XXII. 106. R. G. E. IX. 73. Ähnl. R. G. E. in Strafs.: I. 330; II. 377.

⁴⁾ Dernburg, P. P. R. II. S. 339. L. 17. § 1. D. h. t.

⁵⁾ Korn, S. 111 ff.

diesem Grunde für die preussischen Gerichte keine Veranlassung geboten, von ihren Grundsätzen abzugehen«.

Dass diese Grundsätze an und für sich nicht zu billigen sind, ist eben dargethan worden. Dieser Hinweis genügt, diesen Grund K o r n s zurückzuweisen. Es ist hier noch nicht nötig auf die Frage einzugehen, ob wirklich in diesem Punkt die Reichsgesetze den preussischen so gleichgeartet sind, dass ohne weiteres deren Judikatur auf diese übertragen werden kann.¹⁾

b) Verfehlt ist aber auch K o r n s zweiter Grund, seine eigene Deduktion.²⁾ Seine Ausführung, dass das Recht jedes befriedigten Gläubigers so gut sei als das jedes Anfechtenden, scheint auf denselben Grundsatz hinauszulaufen, den F i s c h e r für das gemeine Recht behauptete,³⁾ auf die Billigkeit. Auch K o r n kommt folgerichtig zur Unanfechtbarkeit der d. i. s.

Oben⁴⁾ wurde schon ausgeführt, dass doch Billigkeit gegen einen positiven Rechtssatz nichts vermag. Fischer konnte sich auf die thatsächlich vom Gesetz für unanfechtbar erklärte Zahlung stützen; seine Behauptung fürs gemeine Recht bekam dadurch Gehalt. §§ 24, 1 C. O. und 3, 1 A. G. aber erklären, ohne eine Ausnahme zuzugeben, alle Rechtshandlungen unter ihren Voraussetzungen für anfechtbar. Was vermag K o r n s Billigkeit dagegen! Will er die Unanfechtbarkeit der Zahlung und d. i. s., so muss er die Möglichkeit ihrer Geltung anders beweisen.

c) Aber K o r n hat das Wort »Billigkeit« gar nicht erwähnt! Sollte dies wirklich nicht seine Meinung sein, dann hat er sich gar ähnlich wie oben S t r u c k m a n n⁵⁾ einer petitio principii schuldig gemacht: Die Unanfechtbarkeit der Erfüllungsgeschäfte beweist er mit der Be-

¹⁾ s. u. S. 59.

²⁾ Korn, S. 113.

³⁾ s. o. S. 28.

⁴⁾ s. o. S. 29.

⁵⁾ s. o. S. 25/6.

hauptung, dass die Anfechtungsgesetze ausser § 23 C. O. die Kollision der Rechte verschiedener Gläubiger nicht regelten!

K o r n s Ansicht entbehrt jeder Begründung, damit sein Angriff gegen die Motive der Berechtigung.

5. C o s a c k¹⁾ steht so fest auf dem Standpunkt der Unanfechtbarkeit der Erfüllungsgeschäfte, dass er sagt: Ihre Unanfechtbarkeit ist »unbestritten«. Die Unhaltbarkeit der anderen Versuche zur Begründung der Unanfechtbarkeit schickt er voraus, und so bleibt ihm nur eine einzige Auslegung des Gesetzes übrig: »nämlich als Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, nur eine solche gelten zu lassen, die sich auf die Gesamtheit der Gläubiger bezieht«. Jede Begünstigung, Zahlung oder d. i. s., eines Gläubigers ist danach der Anfechtung überall entzogen, wo das Gesetz eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger d. i. ihre Gesamtheit zu benachteiligen fordert²⁾.

Mit dem Wortlaut des Gesetzes ist diese Auslegung freilich verträglich, aber, wie aus C o s a c k s eigenen Worten herauszuklingen scheint, ein verzweifelter Ausweg, um ein Princip, das im Gesetz eben nicht steht, zu halten. Dass man unter »seine Gläubiger« die Gesamtheit der Gläubiger verstehen müsse, liegt in den Worten keineswegs; das Gesetz selbst hat sogar erweislich an ganz etwas anderes dabei gedacht.³⁾ Man darf aber nicht, bloss um eine Ansicht zu halten, die sich sonst nicht halten lässt, das ins Gesetz hineinlegen, was man ihm entnehmen will, ja, ihm, worauf's hier hinauskommt, eine andere Auffassung unterlegen, als es erweislich gehabt hat. Auch C o s a c k ist nicht überzeugend.

6. Am eingehendsten hat G r ü t z m a n n⁴⁾ seinen Angriff gegen die Motive begründet. Es sind fünf Punkte, die er ins Feld führt:

¹⁾ Cosack, S. 81.

²⁾ Cosack, S. 82, 83, 114, 115, 116.

³⁾ v. Sarvey, S. 173, Willenbücher, S. 55, A.*

⁴⁾ Grützmann, S. 126—138. Ebenso: Hellmann, XXVII, S. 100.

a) In dem Ausdruck der Motive: »von ausdrücklicher oder stillschweigender fraudulöser Übereinkunft begleitet« liege, dass sie nicht beim blossen Benachteiligungswillen, sondern nur, wenn er zugleich Zweck sei, die Anfechtung zulassen wollten.¹⁾ Diese Unterscheidung innerhalb des Benachteiligungswillens sei nicht haltbar.

Dem letzteren ist der herrschenden Ansicht²⁾ gemäss gewiss beizustimmen. Nicht einleuchtend ist aber seine Deutung der Motive, dass sie nur, wenn die Benachteiligungsabsicht Zweck sei, anfechten wollten. Sie sagen vielmehr nur: Die Benachteiligungsabsicht wird in der Regel fehlen; in einem exorbitanten Falle ist sie aber doch denkbar.

b) Hiermit fällt auch Grützmanns zweiter Grund³⁾: Wollte man den Motiven zuliebe Anfechtbarkeit der Zahlung annehmen, so müsse man, da man doch ihre Zwecktheorie nicht billigen könne, bei jedem Benachteiligungswillen anfechten; dieses Resultat entferne sich aber mehr von der Absicht der Motive, die doch nur ganz ausnahmsweise anfechten wollten, als Unanfechtbarkeit.

c) Die Anfechtbarkeit sei kein Bedürfnis, ja, wie er an Beispielen ausführt, praktisch gefährlich.⁴⁾

Schon de lege ferenda wäre die Alleinberücksichtigung der Gefährlichkeit der Anfechtung nicht gerechtfertigt. Hier streitet stets Interesse gegen Interesse, und die Unanfechtbarkeit kann den vom Schuldner nicht bevorzugten Gläubigern geradeso gefährlich sein. Noch weniger kann natürlich ein solcher Grund die Auslegung eines gegebenen positiven Gesetzes normieren.

Das zu b und c Gesagte kann nur, wie Grützmann wohl auch gemeint hat, zur Illustration einer besseren Begründung dienen.

¹⁾ Grützmann, S. 131.

²⁾ s. o. S. 53. A. 3.

³⁾ Grützmann, S. 132.

⁴⁾ Grützmann, S. 134, 135.

d) Aber auch Grützmanns vierter Grund¹⁾ ist keine solche: § 27 C. O. mache von der Anfechtbarkeit der Zahlungen nach § 23 C. O. im Interesse des Wechselverkehrs eine Ausnahme. Wäre Zahlung nach § 24 anfechtbar, so hätte der Wechselverkehr einer Ausnahme auch dort bedurft. Eine solche aber gäbe es nicht, offenbar, weil niemand daran gedacht habe, nach § 24 Zahlungen anzufechten.

Erstens haben, wie erwähnt, die Motive wohl daran gedacht. Zweitens basieren § 23 und § 24 auf grundverschiedenen Principien. Wenn der Gesetzgeber auch glaubte, die Sicherheit des Wechselverkehrs dem einen vorziehen zu müssen, so brauchte derselbe Beweggrund für den anderen nicht im geringsten zuzutreffen.

e) Als einzig beachtenswerter Grund bleibt demnach folgende Deduktion übrig:²⁾ Im gemeinen Recht waren Zahlungen unanfechtbar, weil die actio Paulliana keine neue Rechtswidrigkeit schuf, also die unberührt gebliebene Rechtspflicht des Kridars, seine Schulden zu bezahlen, nicht rechtswidrig sein konnte.³⁾ Wolle man nun nach § 24, 1 die Anfechtbarkeit der Zahlung annehmen, so müsse man diesen Paragraphen so auffassen, dass er die Frage, ob Rechtswidrigkeit vorliege, nicht aus anderen, bisherigen Rechtssätzen entschieden wissen, sondern selbst neu entscheiden wolle.

An dieser Argumentation lässt sich wohl nichts aussetzen. Mit Unrecht polemisiert Cosack⁴⁾ dagegen, indem er Grützmann unterschiebt, dass er die Entscheidung von der Rechtswidrigkeit der schuldnerischen Absicht abhängig mache; mit gleichem Recht sei eine solche auch bei allen anderen Fällen der Anfechtung zu suppeditieren, und damit würde dem Anfechtungsrecht die feste Grundlage entzogen.

¹⁾ Grützmann, S. 134.

²⁾ Grützmann, S. 133, 134.

³⁾ s. o. S. 31.

⁴⁾ Cosack, S. 82. vgl. ausserdem: R. G. E. XXIII. 13, 16.

Auf die Rechtswidrigkeit der schuldnerischen Absicht legt Grützmann gewiss kein Gewicht, sondern auf die Rechtswidrigkeit schlechthin. Dass Akte z. B. nach § 23, 1 Satz 2 C. O. eine rechtswidrige Absicht des Schuldners erfordern, wird niemand behaupten; deswegen ist aber der Akt selbst sicher ein rechtswidriger zu nennen. Denn ein Akt, der angefochten wird, besteht eben dem Anfechtungskläger gegenüber nicht zu Recht, vielmehr erklärt ihn das Gesetz durch seine Anfechtbarkeit für rechtswidrig.

Es ist daher wohl gerechtfertigt, mit Grützmann¹⁾ die Anfechtbarkeit der Zahlung von der Frage abhängig zu machen: Beurteilt sich, ob ein Schuldner nach §§ 24, 1 C. O., 3, 1 A. G. rechtswidrig gehandelt hat, nach dem bisherigen Recht, der bisherigen Rechtswidrigkeit, oder hat § 24 C. O. resp. § 3 A. G. selbst eine neue Rechtswidrigkeit geschaffen, die dann auch Zahlungen, da sie nicht ausgenommen sind, ergreifen müsste, gerade wie durch § 23, 1 C. O. Zahlungen für anfechtbar, also unter den Voraussetzungen des § 23, 1 C. O. für (objektiv) rechtswidrig erklärt worden sind?

Grützmann²⁾ kommt zu der durch seine vier ersten Nebengründe illustrierten Ansicht, dass »für eine Änderung des bisherigen Rechtszustandes kein genügender Anlass« vorzuliegen scheine, §§ 24 C. O. und 3 A. G. also wie das edictum Paullianum für rechtswidrig nur das angesehen wissen wollten, was schon vorher von Seiten des Schuldners rechtswidrig war; dass somit eine Zahlung, weil Rechtspflicht, nicht rechtswidrig, nicht anfechtbar sein könne. Folgerichtig hält er d. i. s. für anfechtbar, weil sie nicht Rechtspflicht ist.³⁾

III. Jedoch gerade diese Auffassung über die Rechtswidrigkeit als im bisherigen Rechtszustande begründete Rechtswidrigkeit scheint verfehlt. Der Nachweis des

¹⁾ Grützmann, S. 129.

²⁾ Grützmann, S. 134.

³⁾ Grützmann, S. 138, 55.

Gegenteils wird auf den rechten Weg, zur Antechtbarkeit der Zahlung zu kommen, führen.

1. a) Im gemeinen Recht war der Ausgangspunkt dafür, was unter »fraudationis causa« zu verstehen sei, das schon bisher rechtswidrige Verhalten des Kridars, der seiner Pflicht zur Zahlung nicht nachkam.¹⁾ Gerade deshalb musste man zu dieser Ansicht kommen, weil das edictum Paullianum das schon an sich Rechtswidrigkeit bezeichnende Wort »fraus«, ohne selbst etwas zu bestimmen, aufgenommen hatte.

Ähnlich stand es mit der von der preussischen Konkursordnung von 1855 in § 103, 1 und dem preussischen Anfechtungsgesetz von 1855 in § 7, 1 verlangten Absicht, »die Gläubiger zu bevorteilen«. Das Sprachgefühl ergiebt, dass auch hier durch »bevorteilen« = übervorteilen eine Absicht des Kridars gekennzeichnet und erfordert wird, die auf einen an sich, also auch ohne die preussischen Specialgesetze (C. O. und A. G.) widerrechtlichen Vorteil geht. Auch diese Gesetze schliessen, wenigstens an dieser Stelle, an anderweite, bisherige Rechtswidrigkeiten an. [Man hätte auch für das preussische Recht zu dem gleichen Resultat wie das Obertribunal, der Unanfechtbarkeit der Zahlung, kommen müssen, wenn auch auf anderem Wege als jenes.]

Ganz anders aber steht es mit den Bestimmungen der Reichsgesetze. Sie verlangen nur die Absicht, »die Gläubiger zu benachteiligen«²⁾ Dieser Unterschied ist es, der von Korn, wie berührt,³⁾ ganz übersehen, von Grützmann nicht gehörig gewürdigt wurde.

Der Ausdruck »benachteiligen« weist nicht wie der entsprechende des gemeinen und preussischen Rechts darauf hin, dass der Nachteil ein an sich, ein bisher rechtswidriger sein müsse. Der Ausdruck ist ein durchaus farb-

1) s. o. S. 31. Grützmann, S. 129, 130.

2) Ähnl.: R. G. E. XI. 177.

3) s. o. S. 53, 58.

loser. Man wird darum nicht fehlgehen mit der Annahme, dass § 24 C. O. dann seinerseits jede derartige Absicht für rechtswidrig erklärt.¹⁾

b) Nun liegt natürlich kein Grund vor, die Zahlung auszunehmen: *lex posterior specialis derogat priori generali*. Wenn sie auch nach bisherigem allgemeinem Recht nicht rechtswidrig sein konnte, so wird doch dieser Rechtszustand durch das neue und speciell regelnde Gesetz aufgehoben. Der Grund für die Unanfechtbarkeit der Zahlung im gemeinen und preussischen Recht fällt weg. Sie muss unter den Voraussetzungen der §§ 24, 1 C. O. und 3, 1 A. G. anfechtbar sein. Das sagen aber auch die Motive. Rückschliessend kann man folgern, dass das Gesetz, worüber die Motive direkt keine Auskunft geben, »benachteiligen« in dem dargethanen Sinne für und im Gegensatz zu »überevorteilen« gesetzt haben muss.

Die Unhaltbarkeit der Theorien über die Unanfechtbarkeit der Zahlung hat sich erwiesen; ihre Behauptungen betreffs der d. i. s. konnten demnach nicht massgebend sein. Zugleich hat man gefunden, dass mit den Motiven die Anfechtbarkeit der Zahlung als unbedingt vom Gesetz gewollt anzunehmen ist.²⁾

2. Damit ist man noch nicht weiter als oben in der ersten Periode gekommen. Die Hauptschwierigkeit ist noch zu erledigen, nämlich die Frage, wann denn für die Zahlung die Rechtswidrigkeit gegeben ist.³⁾

a) Dass sich die Meinungen der ersten Periode hierüber nicht aussprachen, war gerade ihre Schwäche, welche sie unrichtig erscheinen liess. Sah man ohne Unterschied in jeder Absicht, die auf die Benachteiligung der Gläu-

¹⁾ Ähnl.: R. G. E. IX. 75.

²⁾ Im Resultat übereinstimmend: Dernburg, P. P. R. II. S. 340, 5. Hartmann, S. 3, 91. Jäckel, S. 76. Kohler, S. 219. v. Mandry, S. 467. Willenbücher, S. 54. v. Wilmowsky, S. 142. R. G. E. XI. 177; XVI. 27, 61; XX. 180; XXIII. 11; XXVII. 133. Gruchot XXVII. 160. A. M.: Ausser den oben Besprochenen: Förster-Eccius, S. 777, A. 41.

³⁾ R. G. E.: XXIII. 11.

biger hinauslief, die Rechtswidrigkeit gegeben;¹⁾ so musste das, wie oben²⁾ gezeigt, zu unhaltbaren Konsequenzen führen. Wollte man aber im Anschluss an die alte Gratifikationstheorie nur die Zahlungen an vom Kridar besonders begünstigte Gläubiger anfechtbar sein lassen,³⁾ so zeigte sich die Unhaltbarkeit dieser Theorie wieder darin, dass nach ihr ein Gläubiger, der eine Leistung erzwingt, von der Anfechtung frei sein, ein anderer aber, der, ohne genügend gedrängt zu haben, zu seiner Befriedigung gekommen ist, der Anfechtung unterliegen würde.

Die von den Motiven verlangte »begleitende fraudulöse Übereinkunft« muss also in einem anderen die Zahlung möglicherweise begleitenden Umstände zu suchen sein, in welchem, wenn er vorliegt, also die Rechtswidrigkeit steckt.

b) Kohler⁴⁾ meint, dass die *fraus* dann erfüllt würde, wenn die Benachteiligung der Gläubiger der Zweck sei.

Aber einmal ist eine solche Unterscheidung innerhalb der Absicht des Schuldners, ob es ihm mehr darauf ankomme, den einen Gläubiger zu befriedigen, oder mehr darauf, die Befriedigungsmittel den anderen zu entziehen, kaum greifbar, im konkreten Falle willkürlich.⁵⁾

Sodann ist es der allgemeinen Auffassung über die »Benachteiligungsabsicht«⁶⁾ gegenüber, die auch Kohler⁷⁾ teilt, inkonsequent, bei allen übrigen Fällen unter Benachteiligungsabsicht nur bewusstes Wollen, hier plötzlich Zweck zu verlangen.

Endlich ist eine solche Inkonsequenz nicht nötig; man könnte sie vielleicht nämlich damit entschuldigen wollen, dass doch eine feste Erklärung der »*fraus*« bei der Zahlung

¹⁾ R. G. E.: XX. 180; XXIII. 16.

²⁾ s. o. S. 51.

³⁾ R. G. E. XI. 177. A. M.; XVI. 62.

⁴⁾ Kohler, S. 219. R. G. E. XXIII. 14, 15, 17.

⁵⁾ Jäckel, S. 75.

⁶⁾ s. o. S. 53.

⁷⁾ Kohler, S. 213.

getroffen werden müsse. Das ist Jäckel,¹⁾ auch ohne inkonsequent werden zu müssen, gelungen.

c) Der eigentliche Anfechtungsgrund der Erfüllungsgeschäfte ist nach ihm, »dass sich der Schuldner einer Verheimlichung seiner Verhältnisse den anderen Gläubigern gegenüber schuldig gemacht, und dass der bevorzugte Gläubiger diesen ihm bekannten Umstand dazu benutzt haben muss, selbst zu seiner Befriedigung zu gelangen«.

Unter gewöhnlichen Umständen hat natürlich ein Schuldner keine Pflicht, seine Gläubiger über seine Verhältnisse aufzuklären, und ist ein Unterlassen dieser Aufklärung keine Rechtswidrigkeit. Für den Fall des Thatbestandes der Reichsgesetze aber — das ist der Kern der durch sie neu statuierten Rechtswidrigkeit — ist ein solches Unterlassen rechtswidrig;²⁾ bei dieser fraudulosen Übereinkunft ist die Zahlung anfechtbar.

C. 1. Die Hauptfrage ist aber die nach der Anfechtbarkeit der d. i. s. Hält man die obigen Theorieen über die Unanfechtbarkeit der Zahlung und d. i. s. für unrichtig, und hat man sich einmal für die Anfechtbarkeit der Zahlung entschieden, so ist gar kein Zweifel mehr möglich, dass auch d. i. s. von den Voraussetzungen der §§ 24, 1 C. O. und 3, 1 A. G. getroffen werden könne und müsse. Bei ihrem Vorliegen ist also d. i. s. anfechtbar.³⁾ Hiermit ist die vorliegende Aufgabe, die sich nur mit der Frage beschäftigen will, ob d. i. s. anfechtbar ist oder nicht, erledigt.

2. Freilich ist gerade die Thatfrage, wann für d. i. s. das Erfordernis der Benachteiligungsabsicht gegeben sei,

¹⁾ Jäckel, S. 76.

²⁾ Ähnl.: R. G. E. XXIII. 13 in fine.

³⁾ Im Resultat übereinstimmend: Dernburg, P. P. R. II., S. 340. Förster-Eccius, S. 777, A. 41. Grützmann, S. 138, 140. Hartmann, S. 42. Hullmann, S. 146. Jäckel, S. 79. Kohler, S. 219. v. Mandry, S. 467, A. 15. Otto, S. 83. Sydow, S. 30, A. 4. v. Völderndorf, S. 288. Willenbücher, S. 54/5. v. Wilimowsky, 2. S. 166. A. M.; Cosack, S. 115 s. o. S. 53; Korn, S. 114 s. o. S. 55. Seuff. Arch. N. F. VII. 216; R. G. E.: VI. 45; IX. 102; XI. 177; XIII. 300; XXIII. 12; bei Gruchot: XXVII. 159, 1139.

wieder höchst bestritten. Die Frage ist in anderer Fassung die, ob schon dadurch, dass gerade d. i. s. statt Zahlung gewählt worden sei, dem Erfordernis der Benachteiligungsabsicht genügt sei, oder nicht; und wenn nicht, was dann das Wesen der Benachteiligungsabsicht sei.

a) Die Reichsgerichtsentscheidung vom 14 II. 1882¹⁾ erklärt, dass »schon in der Art des Geschäfts der d. i. s., da es das Vermögen des Schuldners zu Ungunsten der übrigen Gläubiger vermindere, die betrügerische Absicht liege«.

Damit wären alle dationes i. s. ohne Ausnahme anfechtbar, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind.

b) Dem entgegen bestimmt die Entscheidung vom 20. V. 1884:²⁾ »Irrig ist es, wenn das Gericht davon ausgeht, im Falle einer d. i. s. ergebe sich die betrügerische Absicht schon aus dem Geschäft selbst; denn vom Standpunkt des § 24, 1 C. O. kommt es bei der d. i. s. ebenso, wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, auf den Nachweis der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, an«.

Diese letztere Ansicht des Reichsgerichtes ist wohl die rationellere und herrschende. Eine betrügerische Absicht ist vor allem in der Weise wie bei der Zahlung denkbar, dass der Schuldner Sachen statt Baarmitteln gegeben hat in der Absicht, seine Vermögensverhältnisse den übrigen Gläubigern zu verheimlichen, und dass der Schuldner, dies wissend, seine Befriedigung angenommen hat. Eine nähere Erörterung ist hier nicht am Platze.

Zweiter Abschnitt:

1. Es ist jetzt zu untersuchen, ob eine d. i. s. an den Kridar nach §§ 24, 1 C. O. und 3, 1 A. G. anfechtbar ist. Schon eine Zahlung an den Kridar wird fast

¹⁾ R. G. E. VI. 45. Bei Gruchot, XXVII. 159. Seuff. Arch. N. F. VII. 216. Ähnl: R. O. H. G. XIV. 200. Aber: R. G. E. XIII. 300.

²⁾ R. G. E. XI. 177. Bei Gruchot, XXVII. 1139. Cosack, S. 116. Grützmann, S. 140. Hartmann, S. 42. Jäckel, S. 80. v. Völderndorf, S. 288, A. 5.

allgemein für anfechtbar gehalten. Der einzige, Korn,¹⁾ welcher sie für unanfechtbar hält, und zwar, wie oben²⁾ nachgewiesen ist, ohne Berechtigung, hat sich betreffs einer d. i. s. an den Kridar sogar auch für Anfechtbarkeit erklärt, so dass über unsere Frage die Ansichten völlig einig sind.³⁾

2. Von unserem oben angenommenen Standpunkt muss man gleichfalls unbedingt zur Anfechtbarkeit einer solchen d. i. s. kommen. Das Reichsrecht hat ausdrücklich alle Rechtshandlungen, wenn sie die aufgestellten Voraussetzungen erfüllen, für anfechtbar erklärt. Die Schwierigkeit der thatsächlichen Gestaltung besonders der Benachteiligungsabsicht, wie sie sich oben für Leistungen des Kridars darstellte, ist hier nicht einmal vorhanden. Eine d. i. s. an den Kridar kann sicher, wie schon für die ähnliche gemeinrechtliche Frage genauer ausgeführt ist,⁴⁾ allen Voraussetzungen genügen. Sie ist ohne Zweifel anfechtbar.

Bisher war die Rede von *datationes i. s.* für eine fällige klagbare gleichwertige Forderung. Auch alle anderen thatsächlich verschiedenen Fälle unterliegen der Anfechtung, ganz ähnlich wie im gemeinen Recht.⁵⁾ Das Genauere ist dort auseinandergesetzt.⁶⁾

III. Teil: § 24, 2 C. O. und § 3, 2 A. G.

A. § 24, 2 C. O. und § 3, 2 A. G. enthalten eine prozessuale Vorschrift, eine gesetzliche Beweisregelung, aber nichts materiellrechtlich Selbständiges. Das ist freilich bestritten, aber wohl mit Unrecht.⁷⁾ Auch die Motive sagen:

¹⁾ Korn, S. 118.

²⁾ s. o. S. 55 und S. 44.

³⁾ Cosack, S. 107. Hullmann, S. 148, 166. Korn, S. 121. v. Mandry, S. 467. Otto, S. 60. v. Völderndorf, S. 237. v. Wilmowsky, S. 143.

⁴⁾ s. o. S. 46 und 43.

⁵⁾ Cosack, S. 116.

⁶⁾ s. o. S. 46, 35.

⁷⁾ vgl. Grützmann, S. 146.

Der allgemeinen Regel des § 24 entsprechend können entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinen nahen Verwandten . . . nur dann für wirkungslos erklärt werden, wenn der Gemeinschuldner sie in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, abgeschlossen, und der Verwandte von dieser Absicht bei Abschluss des Vertrages Kenntnis gehabt hatte.

Hierauf führen die Motive die Gründe an, aus denen die Anfechtung der Verträge mit Verwandten (prozessual) erleichtert worden ist.¹⁾ Noch andere Gründe sprechen für diese Auffassung; aber ein näheres Eingehen ist für unsere Frage nicht am Platze. In jedem Falle jedoch ist es für die Frage nach der Anfechtbarkeit der d. i. s. nach § 24 C. O. und § 3, 1. 2. A. G. immerhin wichtig zu wissen, wie sich die Regel des Abs. 2, die nur für bestimmte Fälle des Abs. 1 aufgestellt ist, einer d. i. s. gegenüber verhält.

B. Absatz 2 stellt für das Eintreten seiner Regel vier Erfordernisse auf: Es müssen

1. entgeltliche Verträge sein, die
2. der Gemeinschuldner mit seinen nahen Familienangehörigen
3. im letzten Jahre geschlossen hat, und die
4. die Gläubiger durch den Abschluss benachteiligen.

Für unseren Fall sind die Erfordernisse zu 2. und 3. Thatfragen, nur die zu 1. und 4. Principfragen.

I. Verstehe man unter »Verträgen« obligatorische Verträge im engeren Sinn = obligationes,²⁾ so könnte d. i. s. nicht darunter fallen. Denn sie ist Aufhebung einer obligatio, in ihr liegt aber nicht selbst eine obligatio.

¹⁾ Ebenso: Dernburg, II. S. 388, A. 10. Fischer, P. P. R. S. 769. Grützmann, S. 143/4. Hartmann, S. 59, aber auch 56. Hullmann, S. 132. Jäckel, S. 95. Korn, S. 71, 152, Otto, S. 25, 192. v. Völderndorf, S. 294/9. v. Wilmowsky, S. 140/1. A. M.: Cosack, S. 126. Hartmann, S. 56, aber auch 59. v. Mandry, S. 464, A. 11.

²⁾ Dernburg, I. S. 220. v. Vangerow, § 350, 621. R. G. E. XXVII. 134.

Hat man aber den Fall einer obligatorischen Verabredung im Auge, derzufolge später eine Sache statt des bisher in obligatione befindlichen Gegenstandes gegeben werden soll, so ist dies keine d. i. s. mehr, sondern eventuell eine Novation. Man hat nun aber wohl, wie allgemein angenommen wird, unter Verträgen hier alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte zu verstehen, d. h. alle Rechtsgeschäfte, die durch eine Willenseinigung zu stande kommen.¹⁾ Unter diese fällt d. i. s.

Ebenso ist sie infolge Aufgabe des Forderungsrechts stets ein entgeltlicher Vertrag,²⁾ ein Erfordernis, welches hier nicht einmal streng zu interpretieren wäre.³⁾

II. Es kommt demnach alles auf das letzte Erfordernis an, die Benachteiligung der Gläubiger »durch den Abschluss des Vertrages«. Dieser Ausdruck ist nicht unzweideutig.

1. a) Man könnte als Gegensatz denken: »nicht durch Mitwirkung anderer Umstände«, also besonders: »ohne Hinzunahme des etwa vorhandenen Umstandes, dass Überschuldung vorliegt«, und ein durch den Abschluss benachteiligendes Geschäft nur das nennen, welches beim und durch den Abschluss den abschliessenden Kridar benachteiligte, also sein Vermögen verminderte⁴⁾ Das thut eine gleichwertige d. i. s. nie; sie würde also principiell nicht unter Abs. 2 fallen, sondern etwa nur bei grösserem Wert des Hingegebenen.

b) Zu dieser Auffassung, welche die Benachteiligung nur vom Standpunkt des Kridars aus beurteilt, giebt das Gesetz aber keinen Raum. Es sagt ausdrücklich: »sofern

¹⁾ Arnds, § 63. Dernburg, I. S. 220, II. § 55. Grützmann, S. 140. Jäckel, S. 100/1, A. 6. Sydow, S. 31, A. 7. v. Völderndorf, S. 296. A. 22. Windscheid, § 69. R. G. E. bei Gruchot: XXVII, 159, 1139. A. M.: Korn, S. 41.

²⁾ s. o. S. 40.

³⁾ Cosack, S. 120, A. 3. Dernburg, P. P. R. II S. 345, A. 1. Hartmann, S. 55. Hullmann, S. 146. Korn, S. 38. Willenbücher, S. 55/6. v. Wilmsky, S. 143. R. G. E: VI. 85; IX. 103; XXVII. 135.

⁴⁾ Grützmann, S. 141/2.

durch den Abschluss die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden«. Die Benachteiligung ist also vom Standpunkt der Gläubiger aus zu beurteilen. Das ist auch die herrschende Meinung und die Meinung des Reichsgerichts.¹⁾ Die Mitwirkung des Umstandes der Überschuldung kann daher nicht durch »Benachteiligung durch den Abschluss des Vertrages« ausgeschlossen sein. Vielmehr ist zu »durch den Abschluss des Vertrages« als Gegensatz zu denken: »nicht erst durch den Erfolg, infolge anschliessender Ereignisse«, z. B. zufällige spätere Verschlechterung oder spätere Verschleuderung durch den Schuldner.²⁾

c) Es ist damit nicht gesagt, dass man nun wieder den Umstand einer etwa vorhandenen Überschuldung daneben stets für ausschlaggebend halten müsse. Es müsste dann nämlich jedes mit Verminderung des Aktivvermögens verbundene Geschäft durch den Abschluss benachteiligen: Giebt der Kridar, dessen Aktiva 10 und Passiva 20 betragen, für eine Schuld von 5 einen Aktivwert von 5 hin, so ist sein Vermögen von einem Minus von 10 nicht vermindert, aber seine Gläubiger erhalten statt $\frac{1}{2}$ nur $\frac{1}{3}$ ihrer Forderungen. Die Benachteiligung auf diese Weise mit Grützmann³⁾ nur und immer in der Verminderung des Aktivvermögens zu sehen, liegt kein Grund vor. Auch durch Vermehrung der Schuldenlast ist Benachteiligung durch den Abschluss des Vertrages möglich; andererseits muss sie nicht unbedingt in der Verminderung der Aktiven liegen.

2. Eine Verminderung des Aktivvermögens liegt in der d. i. s. stets. Nach Grützmann müsste sie, wie eben gezeigt, also stets eine Benachteiligung der Gläubiger

¹⁾ Cosack, S. 75/6. Hartmann, S. 59. Jäckel, S. 105, 69. Kohler, S. 215, 237. Korn, S. 15²/3. Otto, S. 51. v. Mandry, S. 468/9. Sydow, S. 28, A. 4. Sydow, S. 31, A. 5, 7. Willenbücher, S. 55. v. Wilmowsky, S. 130. R. G. E: X. 8, 9; XVIII. 123; XXIV. 134; XXVII. 99; XXIX. 78. Bei Gruchot: XXVII. 159.

²⁾ R. G. E: XIII. 42; XXVII. 99; XXIX. 79.

³⁾ Grützmann, S. 141/2.

durch den Abschluss des Geschäftes enthalten. Das wird auch thatsächlich die Regel sein, aber keineswegs das Princip. Vielmehr ist es immer *Thatfrage*, ob eine d. i. s. vom Standpunkte der Gläubiger aus für sie nachteilig ist.¹⁾ Nicht benachteiligend kann z. B. eine d. i. s. für eine bevorzugte Forderung sein.

Ja, selbst eine im Sinne der Kontrahenten die Forderung an Wert übertreffende d. i. s. muss nicht principiell für die Gläubiger nachteilig sein.²⁾

Andrerseits ist Benachteiligung schon möglich bei einer vom Standpunkt des Schuldners aus vorteilhaften d. i. s.

3. In analoger Weise wird in der Regel eine d. i. s. eines Schuldners an den Kridar die Gläubiger durch den Abschluss nicht benachteiligen, da sie gerade das Aktivvermögen nicht vermindert. Princip ist es für sie bei Zugrundelegung obiger Auffassung über die Benachteiligung der Gläubiger aber ebensowenig.³⁾ Auch hier lässt sich Benachteiligung denken⁴⁾ durch Aufgabe eines guten Forderungsrechtes des Kridars gegen einen für ihn gleichwertigen, nützlichen, für die Gläubiger nur mit Nachteil verwertbaren Gegenstand, z. B. kostbare Gemälde oder dem Verderb unterworfenen Gegenstände. Bei einem Missverhältnis zwischen Hingegebenem und Forderung steht es nicht anders.

Ähnlich sagen die Motive:⁵⁾

»Der Entwurf verlangt hier den Nachweis, dass das Geschäft z. Z. der Vornahme für die Gläubiger

¹⁾ R. G. E.: X. 8, 9; XVIII. 122. Cosack, S. 190. Hullmann, S. 146. Kohler, S. 237. v. Völderndorf, S. 296. Willenbücher, S. 56. v. Wilmowsky, S. 131, 144.

²⁾ R. G. E.: X. 8.

³⁾ R. G. E.: X. 8, 9; XVIII. 122; XXIV. 134. Bei Gruchot: XXIV. 1065. Aber R. G. E.: XIII. 42. A. M.: Sydow, S. 28, A. 4. v. Wilmowsky, S. 131.

⁴⁾ vgl. o. S. 46.

⁵⁾ vgl. Korn, S. 146.

nachteilig war, . . . gleichviel in welcher Weise, ob durch Höhe oder die Art des Entgelts«.

Man kann, wie aus dieser Untersuchung folgt, die Anwendbarkeit des Abs. 2 auf beide Arten der d. i. s. weder ein für allemal bejahen, noch ausschliessen. Beide können darunter fallen; ob sie es thun, ist von Fall zu Fall zu untersuchen.

IV. Teil: § 25 C. O. und § 3, 3. 4. A. G.

A. § 25, 1 C. O. und § 3, 3 A. G. erklären für anfechtbar die innerhalb gewisser Zeit vom Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen.

Ähnlich, wie im gemeinen Recht,¹⁾ ist die Unentgeltlichkeit wesentlich subjektiv zu fassen, und ist lediglich die Parteiintention massgebend.²⁾

1. Danach können donationes i. s. weder von Seiten des Kridars, noch an ihn, weder bei gleichem Wert von Forderung und Hingegebenem, noch bei irgend einem Missverhältnis nach beiden Seiten hin, als unentgeltliche Verfügungen unter diese Paragraphen fallen, da, wie ähnlich im gemeinrechtlichen Teil genauer ausgeführt ist,³⁾ nach dem Begriffe der d. i. s. der Kontrahent des Kridars stets ein Entgelt zu geben vor Augen hat.

2. Ist kein wahres, nur ein scheinbares Entgelt gemeint, so ist es eben keine d. i. s. mehr.

3. Sieht der Anfechtungsgegner bei einer d. i. s. des Kridars in Bezug auf den Überschuss des Hingegebenen und bei einer d. i. s. an den Kridar in Bezug auf den Überschuss der Forderung in dem Geschäft ein negotium mixtum, in dem Überschuss selbst also eine unentgeltliche

¹⁾ s. o. S. 40.

²⁾ Cosack, S. 135, 138 ff. Grützmann, S. 190/1. Hartmann, S. 60/1. Hullmann, S. 147, 1. Jäckel, S. 118, A. 4, 6. S. 119, A. 7. Kohler, S. 226 (ähnlich). Otto, S. 130/2. v. Völderndorf, S. 305. v. Wilmowsky, S. 145. Willenbücher, S. 56/7. R. G. E.: VI. 85; IX. 103. A. M.: Eck, Jen. Litt. Ztg. No. 38. 1874. S. 589.

³⁾ s. o. S. 40.

Verfügung des Kridars, so ist soweit das Geschäft freilich nach § 25 C. O. und § 3, 3. 4 A. G. anfechtbar, darüber hinaus aber, d. h. die eigentliche d. i. s., immer nur als entgeltliches Geschäft.

B. Den unentgeltlichen Verfügungen in Bezug auf die Anfechtbarkeit gleich stellen § 25, 2 C. O. und § 3, 4 A. G. unter weiteren Voraussetzungen die Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsgutes oder des gesetzlich in die Verwaltung des Schuldners gekommenen Vermögens seiner Ehefrau.

I. Statt der eigentlichen Rückgewähr ist denkbar eine Rückgewähr in Gestalt einer d. i. s. Eine solche unter den betreffenden Voraussetzungen erfolgte d. i. s. ist dann unbedingt nach § 25, 2 C. O. und § 3, 4 A. G. anfechtbar.¹⁾

II. Ausgeschlossen wird die Anfechtbarkeit einer Rückgewähr, sofern der Schuldner durch Gesetz oder durch einen vor der kritischen Zeit geschlossenen Vertrag zu ihr verpflichtet war. (Letzter Abs. der §§ cit.)

Dieser Ausschluss kann nicht für eine statt der eigentlichen Rückgewähr erfolgte d. i. s. gelten: Ersichtlich legt das Gesetz Gewicht auf »verpflichtet«. Die Ehefrau soll nur soweit gegen Anfechtung geschützt sein, als sie selbst die Sicherstellung verlangen durfte.

1. Ein Gesetz zunächst kann nur zu einer Rückgewähr verpflichten, nie zu einer d. i. s.²⁾ Soweit gilt jene Ausnahme für eine d. i. s. gewiss nicht.

2. Ein vorher geschlossener Vertrag kann mehr oder weniger bestimmt sein.

a) Geht er nur schlechthin auf Rückgewähr, so ist, wenn dann statt dieser eine d. i. s. erfolgt, diese nicht Pflicht des Kridars, also trotz vorangegangenen Vertrages anfechtbar.²⁾

¹⁾ Dernburg, P. P. R. II. S. 344, A. 20. Otto, S. 136. R. G. E. XV. 19. vgl. auch: Dernburg, III. S. 41, 2.

²⁾ R. G. E. XV. 20.

b) Giebt der Vertrag genau die Mittel der Rückgabe an, so liegt etwa schon darin, dass eine andere Art der Rückgabe des Vermögens verabredet worden ist, als in welcher es eingebracht wurde, keine d. i. s.¹⁾ [Eine in der so verabredeten Art gewährte Rückgabe wäre nach §§ 25, 2 C. O. und 3, 4 A. G. dann auch unanfechtbar.] Eine d. i. s. ist es dagegen wieder, wenn statt der so verabredeten in anderer Art zurückgewährt wird. Dazu ist dann ein Schuldner nicht verpflichtet, diese d. i. s. also ebenfalls trotz des vorhergehenden Vertrages anfechtbar.²⁾

V. Teil: § 23 C. O.

Erster Abschnitt:

A. Nach § 23 C. O. sind unter weiteren, für Abs. 1 und 2 verschiedenen Voraussetzungen anfechtbar

1. die vom Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden,³⁾

2. Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren,⁴⁾

3. Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht, oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.⁵⁾

Absatz 1 und 2 unterscheiden sich nicht nur durch die Verschiedenheit der Beweislast, sie haben auch sonst noch eine verschiedene juristische Natur.⁶⁾ Für die Frage nach der Anwendbarkeit dieser Absätze auf die d. i. s. hat das aber keine Bedeutung, so dass beide Teile, ohne

¹⁾ s. o. S. 66.

²⁾ Cosack, S. 163. Dernburg, P. P. R. II., S. 344, A. 20. Jäckel, S. 133, 137. v. Wilmsky, S. 149. R. G. E. XV. 20. A. M.: Hartmann, S. 71. v. Völderndorf, S. 315.

³⁾ § 23, 1 Satz 1. cit. als § 23, 1a.

⁴⁾ § 23, 1 Satz 2, cit. als § 23, 1b.

⁵⁾ § 23, 2.

⁶⁾ Hullmann, S. 138, A. 1. v. Wilmsky, S. 129, 139, A. 10.

dass es nötig ist, auf die Verschiedenheit einzugehen, nebeneinander zu behandeln sind.

B. 1. Absatz 1 a behandelt vom Gemeinschuldner eingegangene Rechtsgeschäfte. Der Begriff des Rechtsgeschäftes, welches der Gemeinschuldner »eingeht«, setzt einen Vertrag des Gemeinschuldners mit einem anderen voraus, welcher dann der Anfechtungsgegner wird. Ein solcher Vertrag ist die d. i. s.¹⁾

2. Ebenso kann d. i. s. auch das zweite Erfordernis, Benachteiligung durch »Eingehung des Geschäfts«, wie oben²⁾ für das gleichbedeutende »durch den Abschluss des Vertrages« auseinandergesetzt wurde, erfüllen. Dass beide Ausdrücke an sich gleichen Sinn haben, zeigt der Entwurf I. Lesung;³⁾ es ist dagegen freilich nicht zu vergessen, dass hier nur Benachteiligung von Konkursgläubigern genügt.

3. Trotzdem fällt nicht jede d. i. s. des Kridars, die durch Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt, unter Abs. 1 a. Absatz 2 handelt nämlich, wie unten darzuthun, κατ' ἐξοχήν von dationes i. s. des Kridars an Konkursgläubiger. Da die Anfechtung in Absatz 2 ausserordentlich erleichtert ist, so sind damit die dort gedeckten dationes i. s. der Anwendbarkeit des Absatzes 1 a entzogen. Anders steht es mit einer d. i. s. an einen Konkursgläubiger, die nicht der Kridar selbst, sondern auf seine Anweisung sein Schuldner vollzieht. Darüber ist besser unten⁴⁾ bei den dationes i. s. an Konkursgläubiger zu handeln.

Vor allem sind nach § 23, Abs. 1 a bei Zutreffen der sonstigen Voraussetzungen alle dationes i. s. an solche Gläubiger des Gemeinschuldners anfechtbar, welche nicht

¹⁾ s. u. S. 6, 4. v. Wilmowsky, S. 129. A. M.: v. Völderndorf, S. 270, c. I.

²⁾ s. o. S. 67.

³⁾ v. Völderndorf, S. 274, A. 26. v. Wilmowsky, S. 130, 144, A. 4. A. M.: Grützmann, S. 172.

⁴⁾ s. u. S. 75.

Konkursgläubiger sind, z. B. Geschenknehmer, Ab- und Aussonderungsberechtigte u. s. w.¹⁾

Falls die Forderungen der letzteren durch ihr dingliches Substrat voll gedeckt sein sollten, wird die Thatfrage der Benachteiligung der Konkursgläubiger durch Eingehung allerdings oft nicht zu bejahen sein, da jenes durch die Befriedigung für die Konkursgläubiger frei wird. Fast immer wird sie vorhanden sein, wenn ein mehrwertiger Gegenstand an Zahlungsstatt gegeben wird. Aber auch bei einem gleichwertigen, ja selbst bei einem in den Augen der Kontrahenten minderwertigen ist sie denkbar.²⁾ Denn man darf nicht vergessen, dass die Beurteilung vom Standpunkte der Konkursgläubiger aus zu erfolgen hat.³⁾

Bei Geschenknehmern, Legataren u. s. w. fällt diese thatsächliche Schwierigkeit des Erfordernisses der Benachteiligung fort.

C. Absatz 1b handelt von Rechtshandlungen, die einem Konkursgläubiger Befriedigung gewähren. D. i. s. des Kridars fällt aber ebensowenig hierunter als unter Abs. 1a.⁴⁾ Aus dem Gegensatz in Abs. 2 ist zu sehen, dass in Abs. 1b nur solche Befriedigungen gemeint sind, welche der Gläubiger »beanspruchen« könnte, sofern nicht die Anfechtung begründet wäre. Eine d. i. s. kann er nie beanspruchen.

D. 1. Auf d. i. s. des Kridars an einen Konkursgläubiger bezieht sich demnach nur Abs. 2. Diese d. i. s. ist ein Hauptfall der »Rechtshandlungen, die einem Konkursgläubiger Befriedigung gewähren, die er . . . nicht in der Art zu beanspruchen hatte«. Es ist in Abs. 2 nicht gesagt, wer die Rechtshandlungen vorgenommen haben muss. Es sind darum zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

¹⁾ Cosack, S. 171, 175, 190. Hullmann, S. 140. Willenbücher S. 49, A. 2. 50, 3b. A. M.: v. Wilmowsky S. 131.

²⁾ Cosack, S. 175.

³⁾ s. o. S. 67.

⁴⁾ v. Völderndorf, S. 280. v. Wilmowsky, S. 134/5. Willenbücher S. 51, 6a. A. M.: Cosack, S. 170.

2. Erstens der Kridar hat eine d. i. s. an einen Konkursgläubiger vorgenommen. Diese ist dann nach Abs. 2 stets anfechtbar, ganz gleich, in welchem faktischen Wertverhältnis Hingegebenes und Forderung standen; es ist sogar nicht einmal Benachteiligung durch Eingehung erforderlich.¹⁾

3. Schwierig ist nur mitunter die Thatfrage, ob eine d. i. s. anzunehmen sei. So ist Zahlung in usuellem Geld und in verkehrsüblich als ordentliche Zahlungsmittel angesehenen Wechseln und Handelspapieren nach den einen stets, nach den anderen dann, wenn der Gläubiger zur Annahme verpflichtet war, dem Abs. 2 entzogen.²⁾ Dass Zahlung in irgendwelchen Geldzeichen und Handelspapieren, die Gegenstand des Forderungsrechtes waren, nur nach Abs. 1b anfechtbar ist, liegt auf der Hand; denn dann hatte sie eben der Gläubiger zu beanspruchen, und sie ist nicht Befriedigung in anderer Art. Umgekehrt aber ist nicht für massgebend zu erachten, dass die Gläubiger verkehrsüblich zur Annahme verpflichtet sind, sondern dass sie die Befriedigung in dieser Art beanspruchen können.³⁾ Befriedigung in Handelspapieren u. s. w. kann aber, abgesehen von obigem Falle, nicht beansprucht werden; sie ist also vielmehr als Hingabe an Zahlungsstatt, Befriedigung in anderer Art, stets unter § 23, 2 zu ziehen. Eine andere Frage ist freilich die, ob dann die Anfechtung durchdringen wird; denn für die Beweiswürdigung muss eine derartige verkehrsübliche d. i. s. ausserordentlich ins Gewicht fallen. Zumal dann wird dies besonders hervortreten, wenn der Gläubiger zu der Annahme verkehrsüblich verpflichtet war; dieser Fall

¹⁾ Cosack, S. 197. Dernburg, P. P. R. II. S. 342, A. 14. Hullmann, S. 141. Korn, S. 43, 106. Otto, S. 194. Sydow, S. 29. A. 8. Willenbücher, S. 51, 8 a. v. Wilmowsky, S. 135.

²⁾ Cosack, S. 198, 336. Dernburg, P. P. R. II. S. 342. Hullmann, S. 142. Kohler, S. 246. Willenbücher, S. 52. v. Wilmowsky, S. 135.

³⁾ Grützmann, S. 185. Korn, S. 107. Otto, S. 195. Willenbücher, S. 51, 6 a.

ist freilich nicht mehr d. i. s. im eigentlichen Sinne zu nennen.

4. Zweitens ein Schuldner des Kridars hat eine d. i. s. an einen Konkursgläubiger für eine Forderung desselben an den Kridar vorgenommen:

a) Erfolgt dieselbe ohne Auftrag oder Genehmigung des Kridars, so ist dies Geschäft, falls es überhaupt liberatorische Wirkung hat,¹⁾ was nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist, dem Gläubiger gegenüber als Befriedigung in anderer Art nach Abs. 2 anfechtbar.²⁾

b) Erfolgt die d. i. s. auf Anweisung oder mit Genehmigung des Gemeinschuldners, so ist dies dem Gläubiger gegenüber ebenfalls nach Abs. 2 anfechtbar.

c) Hier liegt aber zugleich ein Rechtsgeschäft des Kridars vor, welches eventuell nach Abs. 1a anfechtbar ist.^{3, 4)} Dies ist, obwohl die Anfechtung nach Abs. 1a gegenüber Abs. 2 bedeutend erschwert ist, doch von grosser Wichtigkeit, da dies Geschäft nach Abs. 1a dann dem Schuldner gegenüber anfechtbar ist, während Abs. 2 nur Anfechtung gegen den befriedigten Konkursgläubiger zulässt.

Zweiter Abschnitt:

1. Eine d. i. s. des Schuldners des Kridars an den Kridar kann unter Abs. 2, und erst recht Abs. 1b nicht fallen, da dort nur von Befriedigung eines Konkursgläubigers die Rede ist. Der Schuldner des Kridars hat zwar, wenn er ihn befriedigt, ein Recht auf Befreiung von seiner Schuld, er ist aber darum nicht Konkursgläubiger.⁵⁾

2. Dagegen fällt eine solche d. i. s. nach ihrem Begriff unzweifelhaft unter die vom Gemeinschuldner einge-

¹⁾ v. Wilmowsky, S. 131.

²⁾ v. Völderndorf, S. 277, A. 28.

³⁾ A. M.: v. Wilmowsky, S. 131.

⁴⁾ s. o. S. 72.

⁵⁾ Otto, S. 60.

gangenen Rechtsgeschäfte des Abs. 1 a. Dass das Erfordernis der Benachteiligung der Konkursgläubiger durch ihre Eingehung in der Regel nicht vorliegen wird, ist oben¹⁾ für den hierin gleichen Fall des § 24, 2 C. O. genauer auseinandergesetzt worden, ebenso aber, dass eine Benachteiligung immerhin möglich ist.²⁾ Principiell ist also eine solche d. i. s., und zwar sowohl von Seiten eines Konkursgläubigers als eines anderen Gläubigers nach § 23, 1 a C. O. anfechtbar.

VI. Teil: H. G. B. art. 259.

1. In das Anfechtungsrecht greift endlich art. 259 H. G. B. ein. Anfechtbar ist nach ihm unter gewissen Voraussetzungen die Rückzahlung der Einlage dem stillen Gesellschafter gegenüber. Dieselbe braucht nicht Geldzahlung zu sein, sondern kann in jeder Art einer zur Befriedigung des stillen Gesellschafters dienenden Rückgewähr bestehen, namentlich in einer d. i. s.³⁾

2. Absatz 2 des art. 259 H. G. B. erklärt die Rückzahlung ohne gleichzeitige Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses stets für anfechtbar, wenn sie innerhalb eines Jahres vor Konkurseröffnung des Komplementärs erfolgte. In diesem Fall ist auch eine d. i. s. stets anfechtbar.

3. In Abs. 1 ist die Rückgabe zugleich mit Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses erfolgt, und hier wird die Anfechtbarkeit der Rückzahlung davon abhängig gemacht, dass die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses innerhalb des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung vereinbart worden sei. Argumento a contrario folgt, dass bei früherer Vereinbarung der Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses die Rückzahlung, auch wenn sie selbst innerhalb des letzten Jahres erfolgt, doch der Anfechtung entzogen sein soll. Ersichtlich ist das Hauptgewicht auf die Vereinbarung der Auflösung des Gesellschaftsverhält-

¹⁾ s. o. S. 68.

²⁾ A. M.; Sydow, S. 28, A. 4. v. Wilmowsky, S. 132.

³⁾ Cosack, S. 218. Litthauer, H. G. B., Textausg. m. Anm. Berlin, (Guttentag) 1894. S. 274, A. b. Otto, S. 208.

nisses zu legen; dass der Ausschluss der Anfechtbarkeit etwa nur dem gegenüber Platz greifen soll, wozu der Komplementär verpflichtet war, ist im Gegensatz zu § 25, 2 C. O. und § 3, 4 A. G.¹⁾ nicht gesagt. Es folgt, dass hier d. i. s. der Zahlung folgt und bei früherer Vereinbarung der Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses auch nicht anfechtbar ist.

Rückblick: Das gewonnene Resultat.

Im Resultat stellt sich demnach die Anfechtbarkeit der d. i. s. nach Reichsrecht folgendermassen:

D. i. s. des Kridars ist anfechtbar allgemein nach § 24, 1 C. O. und § 3, 1 A. G.; den Verwandten gegenüber nach § 24, 2 C. O. und § 3, 2 A. G.; dem Ehegatten gegenüber, und zwar stets, nach § 25, 2 C. O. und § 3, 4 A. G.; anderen als Konkursgläubigern gegenüber nach § 23, 1a C. O.; nur Konkursgläubigern gegenüber nach § 23, 2 C. O.; dem stillen Gesellschafter gegenüber nach art. 259 H. G. B. Dagegen fällt sie nicht unter die unentgeltlichen Verfügungen des § 25, 1 C. O. und § 3, 3 A. G., es sei denn, dass ein negotium mixtum vorliege; ebensowenig unter § 23, 1b C. O.

D. i. s. des Anfechtungsgegners an den Kridar ist anfechtbar allgemein nach § 24, 1 C. O. und § 3, 1 A. G. sowie nach § 23, 1a C. O.; den Verwandten gegenüber nach § 24, 2 C. O. und § 3, 2 A. G. Dagegen fällt sie unter keinen der übrigen Paragraphen.

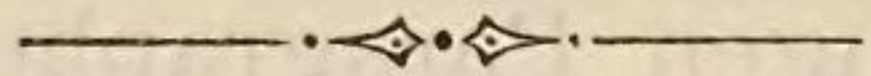
Schluss.

In der Geschichte der Anfechtbarkeit von Zahlung und d. i. s. zeigt sich, wie ausserordentlich langsam die Rechtsentwicklung fortschreitet.

Dass man die Gläubiger schützen müsse, sahen die Römer wohl ein und gaben die actio Paulliana. Gleichwohl scheuten sie sich, vorsichtig wie immer in der

¹⁾ s. o. S. 70.

Schaffung neuer Rechtsnormen, in die Interessen eines anderen Gläubigers, dem der Schuldner gleichfalls zur Zahlung verpflichtet war, und in diese Verpflichtung des Schuldners ändernd einzugreifen. Allmählich, erst lange Zeit nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, kam man dann wohl zu der Erkenntnis, dass dies eine Lücke in der Rechtsbildung sei, und suchte auch teilweise durch juristische Konstruktionen (z. B. Gratifikations-theorie) abzuhelpfen. Aber die Überzeugung der Zweckmässigkeit davon war noch nicht allgemein durchgedrungen. So konnte es geschehen, dass bei Schaffung des neuen Reichsrechtes in Deutschland und Österreich trotz der ausgesprochenen Absicht, die Fehler damit zu verbessern, die entgegengesetzte Ansicht sich wieder Bahn zu brechen versuchte. Jedoch zeigt Litteratur und Judikatur, dass man nun endlich stetig auf dem Wege fortschreitet, einstimmig jene den Bedürfnissen eines gesicherten Rechtslebens entsprechende Entwicklung, die Bejahung der Anfechtbarkeit aller Rechtsgeschäfte, anzuerkennen, welche ja jeder Unbefangene ohne jeden Zweifel als den vom Reichsrecht schon längst gewollten und in ihm niedergelegten Zustand bezeichnen wird.



Thesen.

1. *Die Unanfechtbarkeit der Zahlung mittels der actio Pauliana ist keine Ausnahme, sondern eine Folge des Rechtsgedankens des Interdiktums fraudulentum.*
 2. *Der norddeutsche Bund und die norddeutsche Bundesverfassung sind beide zu gleicher Zeit existent geworden.*
 3. *Obwohl nach § 75 Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 die Erben eines Genossen die Mitgliedschaft des Verstorbenen bis zum Schlusse des Geschäftsjahres fortsetzen, haben sie nicht das Recht des § 74, das Geschäftsguthaben einem anderen zu übertragen.*
 4. *Für die im Wege der Zwangsvollstreckung gestellten Anträge auf Eintragung hat der Grundbuchrichter die Anwaltsgebühren, ohne dass es einer vorgängigen Festsetzung bedarf, nach Prüfung ihrer Notwendigkeit zusammen mit der Judikatforderung auf Grund des über die letztere vorgelegten vollstreckbaren Titels einzutragen.*
-

Thesen

1. Die Unantastbarkeit der Wohnung mittels der neuen
Bauteile ist keine Ausnahme, sondern eine Folge der
Rechtsordnung des bürgerlichen Grundbesitzes.

2. Der bürgerliche Staat und die bürgerliche Grundbesitz-
ordnung sind nicht an gleicher Zeit entstanden.
Obwohl nach der Gewissenshaftigkeit von 1. Mai 1880
die Fiktion eines bürgerlichen Grundbesitzes der
Staatlichkeit des bürgerlichen Grundbesitzes
an sich selbst zu sein das Recht der 1. Mai 1880
enthält einen neuen Grundbesitz.

3. Für die Höhe der Vermögenssteuer gebühren
Anträge auf Eintragung der Grundbesitz-
Verhältnisse, ohne dass es einer besonderen
Festsetzung bedarf, nach Prüfung ihrer Notwendigkeit
zusammen mit der Festlegung auf Grund der
über die letzten eingetragenen Verhältnisse
angetragen.

Lebenslauf.

Verfasser ist am 22. Januar 1875 in Breslau geboren als Sohn des im Jahre 1888 in Liegnitz verstorbenen Kaiserl. Postrats Waldemar Hennig und dessen Ehefrau Clara, geb. Hanke. Er ist evangelischer Konfession. Durch die Versetzungen des Vaters zu wiederholtem Schulwechsel veranlasst, besuchte er die Vorbereitungsschule und das Domgymnasium in Magdeburg, die Gymnasien in Bromberg und Liegnitz, sowie endlich das Johannesgymnasium in Breslau. Von letzterem Ostern 1893 mit dem Zeugnis der Reife entlassen, widmete er sich dem Studium der Rechte und Staatswissenschaften, und zwar von Ostern 1893 bis dahin 1894 in Breslau, im Sommer 1894 in Freiburg i. B., vom October 1894 bis Ostern 1896 wieder in Breslau. Am 3. Juli 1896 bestand er ebenda die erste juristische Staatsprüfung und am 27. Juli 1896 das examen rigorosum. Am 3. August 1896 bei dem Königl. Amtsgericht in Winzig für den Staatsdienst vereidigt, ist er z. Z. noch daselbst als Referendar beschäftigt.

Vorlesungen hörte er bei den Herren Professoren und Privatdocenten:

Beling, Bennecke, Brie, Bruck, Dahn, Elster, Fischer, Kaufmann, Leonhard, Riehl, Rosin, Schmidt, Schott †, Schultze, Sombart, Wlassak.

Allen diesen seinen hochverehrten Lehrern sagt Verfasser seinen aufrichtigsten Dank.

